Tariffähigkeit und Streikbereitschaft

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von

Burkhard Hense

Regensburg

1970

Tariffähigkeit und Streikbereitschaft

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von

Burkhard Hense

Regensburg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Knopp
Dekan: Prof. Dr. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Juni 1970

Seite

I. Gliederung

§ 1 Einleitung 1

§ 2 Tariffähigkeit und Streikbereitschaft nach dem Tarifvertragsgesetz 13

I. Erfordernis der Streikbereitschaft kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers 13

1. Die Meinung des Bundesarbeitsgerichts 13
2. Bedenken 15
3. Ergebnis 2o

II. Erfordernis der Streikbereitschaft als Ergebnis einer Auslegung des Begriffs "Gewerkschaft" 21

1. Der Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffs "Gewerkschaft" 21
2. Die geschichtliche Entwicklung der Gewerkschaften und ihr Bekenntnis zum Streik 24
   a) Die Anfänge der modernen Arbeitnehmerbewegung und ihr wirtschaftlich-sozialer Hintergrund
   b) Das historische Bekenntnis der Gewerkschaften zum Streik 28
3. Folgerungen für die Auslegung des Gewerkschaftsbegriffs im Sinne des § 2 I TVG 32
   a) Die Bedeutung des historischen Bekenntnisses der Gewerkschaften zum Streik 32
   b) Der Einwand von Nikisch 33
   c) Die wesentliche Bedeutung der Streikbereitschaft für den Gewerkschaftsbegriff 34
      aa) Die Rolle des Streikes für die Tätigkeit der Gewerkschaften 34
      bb) Das Verhältnis zu den wirtschaftsfriedlichen Verbänden 36
      cc) Die Bedeutung des Streikes im Selbstverständnis der Gewerkschaften 4o
   d) Ergebnis 42
4. Die Entwicklung seit Erlaß des TVG 44
   a) Der Gedanke der Partnerschaft 44
   b) Die Beamten- und Ärztegewerkschaften 47
   c) Ergebnis 51

§ 3 Tariffähigkeit und Streikbereitschaft nach dem Grundgesetz 52

I. Die Garantie der Tariffähigkeit für die Koalitionen im Sinne des Art. 9 III GG 54

1. Der Schutz der Koalitionen aus Art. 9 III GG 54
a) Der Wortlaut des Art. 9 III GG 55
b) Die Entstehungsgeschichte des Koalitionsrechts 57
c) Sinn und Zweck des Koalitionsrechts 61

2. Der Inhalt der Koalitionsgarantie aus Art. 9 III GG 64
a) Die Bestandsgarantie 64
b) Die Betätigungsgarantie 64
c) Die Gewährleistung der Tariffähigkeit 65

II. Streikbereitschaft als Merkmal der Koalition im Sinne des Art. 9 III GG 71

1. Der Wortlaut des Art. 9 III GG 71
2. Die koalitionsrechtliche Entwicklung bis 1933 71
3. Nach Sinn und Zweck der Koalitionsgarantie 76
a) Der Zweck der Koalition 76
b) Notwendigkeit der Streikbereitschaft für die Erreichung des Koalitionszwecks 81
aa) Streikbereitschaft als einziges Druckmittel der Arbeitnehmer 81
bb) Entbehrlichkeit der Streikbereitschaft bei einer Partnerschaft zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern 85
cc) eigene Meinung 88

III. Die Beschränkung der Tariffähigkeit auf kampfbereite Koalitionen durch einfaches Gesetz 93

1. Die Grenzen der Regelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers 93
2. Die "immanenten" Schranken 96
3. Die soziale Ordnungsfunktion der Tarifverträge 97
   a) Die soziale Ordnungsfunktion der Koalitionen beim Abschluß von Tarifverträgen 98
   b) Ihre Ausprägung im einfachen Recht 101
   c) Folgerungen für die Voraussetzungen der Tariffähigkeit 104
4. Art. 9 III GG als Organisationsnorm 108
5. Die Delegationstheorie 114
6. Ergebnis 119

IV. Die verfassungskonforme Auslegung des § 2 I TVG 120

§ 4 Ergebnis 126

II. Literaturverzeichnis

Abel	Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964
Anschütz	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14.Aufl., Berlin 1933
Apolant	Die wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmer-Bewegung in Deutschland, 1928
Auffahrt-Schönherr	Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1965
Ballerstedt	Wirtschaftsverfassungsrecht, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Band III, 1.Halbband, S. 1 ff., Berlin 1958
Benda	Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966
Bernstein	Der Streik, Frankfurt 1920
Biedenkopf	Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964
----------	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 31.3.1966 in AP Nr.54 zu § 611 BGB (Gratifikation)
Bobrowski-Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb, 5.Aufl., Heidelberg 1965
Bötticher	Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964
Bogs	Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht, RdA 56, 1 ff.
----------	Die Vereinigungsfreiheit, in AR-Blattei, D "Vereinigungsfreiheit" I, Übersicht

Bogs	Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966
Boldt	Die Prozeßvertretung vor den Arbeitsgerichten, RdA 53, 401 ff.
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg, Loseblattausgabe, Erläuterungen zu Art. 9 GG, 1.Aufl., (Wernicke), 2.Aufl., (von Münch)
Brand	Gehört Arbeitskampfbereitschaft zum Begriff der Gewerkschaft, RiA 62, 85 f.
Braun-Müller	Die Gewerkschaften, Band I, Berlin 1921
Briefs	Gewerkschaftswesen und Gewerkschaftspolitik, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4.Aufl., Band IV, S.1108 ff., Jena 1927
Brinkmann	Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Bonn 1967
Brisch	Die Rechtsstellung der deutschen Gewerkschaften, Göttingen 1951
Brox	Plakatwerbung der Gewerkschaften im Betrieb, BB 65, 1321 ff.
----------	Besprechung zu Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Band II, 1.Halbband, Berlin-Frankfurt 1967, BB 67, 847 f.
Brox-Rüthers	Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965
Bührig	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956, in AP Nr.11 zu § 11 ArbGG = BAGE 4, 351 ff.

Bulla	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 19.1.1962 in AR-Blattei, D Tarifvertrag II, zu Entsch. 3 = BAGE 12,184 ff.
----------	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 26.2.1964 in AR-Blattei, D Tarifvertrag II, zu Entsch. 3a = BVerfGE 18,18 ff.
----------	Der Begriff der "Kampfmaßnahme" im Arbeitskampfrecht, DB 59,542 ff.
Burmeister	Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung (Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung), Berlin-Frankfurt 1966
Christmann	Gewerkschaftsbewegung und Gewerkschaftstheorie, Diss. Hamburg 1963
Cornelssen	Von der Tariffähigkeit, BABl 52,327 ff.
Deist	Gewerkschaften als Ordnungsfaktor, in Gewerkschaft-Wirtschaft-Gesellschaft, Beiträge zu wirtschaftlichen und sozialen Gegenwartsfragen, S.251 ff., Köln 1963
Dellmann	Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und erweiterte Autonomie, AuR 67,138 ff.
Dersch-Volkmar	Arbeitsgerichtsgesetz, 6.Aufl., Berlin-Frankfurt 1955
Dietz	Diskussionsbeitrag zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifparteien, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II, Teil D, S.50 f., München-Berlin 1967
----------	Die Koalitionsfreiheit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Band III, 1.Halbband, S.417 ff., Berlin 1958
----------	Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht in Weber-Scheuner-Dietz: Koalitionsfreiheit, S.95 ff., Berlin-Frankfurt 1961
----------	Betriebsverfassungsgesetz, 4.Aufl., München-Berlin 1967

Dietz	Grundfragen des Streikrechts, Jus 68,1 ff.
Dietz-Nikisch	Arbeitsgerichtsgesetz, München-Berlin 1954
Dürig	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 16.1.1957 = JZ 57,167 ff., JZ 57,169 ff.
Eckardt	Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Berlin 1964
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Band I, 1.Halbband, Tübingen 1959
Fechner	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953
----------	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 55,161 ff.
Fischbach	Bundesbeamtengesetz, 1. Halbband, 3.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1964
Fitting-Kraegeloh-Auffahrt	Betriebsverfassungsgesetz, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt 1966
Flatow-Kahn-Freund	Betriebsrätegesetz, 13.Aufl., Berlin 1931
Fraenkel	Der Streit um die Tariffähigkeit, AR-Praxis 1929,79 ff.
Frey	Besprechung von Nikisch, Arbeitsrecht, Band II, 2.Aufl., Tübingen 1959, AuR 57,119 ff.
----------	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956 = BAGE 4,351 ff., AuR 57,125 f.
----------	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 19.1.1962 = BAGE 12,184 ff., AuR 62,224
Furtwängler	Die Gewerkschaften, Band 34 aus Rowohlts Deutscher Enzyklopädie, Hambrug 1956
Galperin	Die autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, Festschrift für Molitor, S.143 ff., München-Berlin 1962

Galperin	Organisationszwang und Koalitionsfreiheit, Festschrift für Bogs, S. 87 ff., Berlin 1959
----------	Inhalt und Grenzen des kollektiven Koalitionsrechts, AuR 65,1 ff.
Galperin-Siebert	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 1963
Gamillschegg	Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966
Gester	Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung des Gewerkschaftsbegriffs, Die Quelle 1962, 436 ff.
von Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Band I, Leipzig 1895
Giese-von Brunn	Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt 1950
Goldschmidt	Das Tarifvertragsgesetz der Bizone, DB 49,299 f.
Grabendorf	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956 = BAGE 4,351 ff., ZBR 57,6o f.
Groh	Koalitionsrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1923
Gros	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956 = BAGE 4,351 ff., in AR-Blattei, D Arbeitsgerichtsbarkeit VI C, zu Entsch. 2
Haak	Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963
Hamann	Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1961
Heither	Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Stuttgart 1964
Herschel	Das Tarifvertragsgesetz des vereinigten Wirtschaftsgebiets, ArbBl 49,22 ff.

Herschel	Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Festschrift für Bogs, S. 125 ff., Berlin 1959
----------	Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, JZ 65, 81 ff.
----------	Referat zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II, Teil D, S. 7 ff., München-Berlin 1967
----------	Gratifikationsrückzahlung und Tarifvertrag, DB 67, 245 ff.
Hessel	Die Tariffähigkeit, BB 50, 621 ff.
Heyde	Arbeitskampf, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band I, S.298 ff., Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1956
Hirsch	Die Entwicklung der Arbeiterberufsvereine in Großbritannien und Deutschland, Berlin 1896
Hoffmann	Koalitionsrecht und Tarifautonomie, GMH 66, 151 ff.
----------	Ein gefährliches Spiel mit dem Grundgesetz, GMH 64, 72 ff.
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, 2.Aufl., Tübingen 1953
----------	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, 2.Aufl., Tübingen 1954
Hueck	Normenverträge, Iherings-Jahrbücher 73, 33 ff.
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Band I, Berlin-Frankfurt 1963

Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 3.-5.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
----------	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 6.Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 1.Halbband, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt 1966
Hueck-Nipperdey	Tarifvertragsgesetz, 1.Aufl., 1950, 2.Aufl., 1951, München-Berlin
Hueck-Nipperdey-Tophoven	Tarifvertragsgesetz, 3.Aufl., München-Berlin 1955
Hueck-Nipperdey-Stahlhacke	Tarifvertragsgesetz, 4.Aufl., München-Berlin 1964
Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
Jürging-Kass	Das Recht der Gewerkschaften zur Verteilung von Werbe- und Informationsschriften im Betrieb, DB 67, 815 ff.
Kaskel	Arbeitsrecht, 3.Aufl., Berlin 1928
----------	Tariffähigkeit und Tarifberechtigung, NZfAR 26, 1 ff.
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
Kettner	Das Bundesverfassungsgericht zur Arbeitskampfbereitschaft der Koalitionen, Arbeitgeber 64, 256 ff.
Klein	Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, Breslau 1934
Knopp	Die Tarifautonomie in der Diskussion, DB 66, 1929 ff.

Koselke	Das neue Tarifvertragsgesetz, BB 49,83 f.
Krüger	Staatliche Gesetzgebung und nicht-staatliche Rechtsetzung, RdA 57,201 ff.
----------	Gutachten zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band. I, Teil 1 S.7 ff., München-Berlin 1966
Küchenhoff	Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, RdA 69,97 ff.
----------	Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, RdA 59,201 ff.
Kunze	Streikbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit, BB 64,1311 ff.
Kurth	Geschichte der Gewerkschaften in Deutschland, Hannover-Frankfurt 1957
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969
Leber	Rede auf einer Pressekonferenz am 29.11.1961 in Frankfurt, RdA 62,18 ff.
Legien	Die deutsche Gewerkschaftsbewegung, Berlin 1901
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl., Berlin 1966
Leibholz	Staat und Verbände, RdA 66,281 ff.
Lerche	Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961
von Mangoldt	Grundrechte und Grundsatzfragen des Grundgesetzes, AöR 75,273 ff (1949)
----------	Das Bonner Grundgesetz, Berlin-Frankfurt 1953

von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Loseblattausgabe, München-Berlin
Maus	Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956
----------	Handbuch des Arbeitsrechts, Loseblattausgabe, Frankfurt
Mayer-Maly	Besprechung von Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, 4.Aufl., 1964, RdA 64, 394 f.
----------	Besprechung von Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl., 1964, RdA 65, 37
----------	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 9.7.1968, in AP Nr.25 zu § 2 TVG
----------	Der Arbeitskampf - Ordnungsaufgabe und Prüfstein demokratischer Reife, RdA 65, 134 f.
Meissinger	Die Tarifhoheit der Fachverbände, DB 50, 303 ff.
----------	Tarifhoheit in der sozialen Selbstverwaltung, RdA 51, 46 ff.
----------	Koalitionsrecht - ein Mittel zum Zweck der sozialen Selbstverwaltung, AuR 54, 65 ff.
----------	Grundlagen und Grenzen der gewerkschaftlichen Machtmittel, RdA 56, 401 ff.
Michel	Die verfassungskonforme Auslegung, (Korreferat) JuS 61, 274 ff.
Molitor	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956 = BAGE 4, 351 ff., in AR-Blattei, D Tarifvertrag I B, zu Entsch. 1

von Nell-Breuning	Koalitionsfreiheit, in Staatslexikon, 6.Aufl., Band IV, Spalte 1106 ff., Freiburg 1959
Neumann	Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem, Arbeitsrecht und Volkstum 1933, S. 107 ff.
Neumann-Duesberg	Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
----------	Der arbeitsrechtliche Streik, JR 54, 441 ff.
----------	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 26.2.1964 in AP Nr.13 zu § 2 TVG = BVerfGE 18, 18 ff.
----------	Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung des Gewerkschafts- begriffs, Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 19.1.1962 = BAGE 12, 184 ff., BlStSozArbR 62, 268 f.
Nikisch	Arbeitsrecht, Band I, 3.Aufl., Tübingen 1961
----------	Arbeitsrecht, Band II, 2.Aufl., Tübingen 1959
----------	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 18.11.1954 = BVerfGE 4, 96 ff., JZ 55, 205 ff.
----------	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 19.1.1962 = BAGE 12, 184 ff., SAE 62, 60 ff.

Nikisch	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 6.5.1964 = BVerfGE 18, 18 ff., SAE 64, 141 ff.
----------	Besprechung von Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, JZ 66, 778 ff.
Nipperdey	Art. 159 - Koalitionsrecht, in Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band III, S.385 ff., Berlin 1930
----------	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Band IV, 2. Halbband, S.741 ff., Berlin 1962
----------	Das Erfordernis der Gegnerfreiheit bei Koalitionen, namentlich im öffentlichen Dienst, Festschrift für Möhring, S.87 ff., München-Berlin 1965
----------	Das Tarifvertragsgesetz des vereinigten Wirtschaftsgebietes, RdA 49, 81 ff.
----------	Nachwort zu Schnorr, Der Begriff der Gewerkschaft, RdA 53, 377, RdA 53, 379
----------	Zur Methode der Bestimmung des Koalitionsbegriffs, der Koalition und des Arbeitskampfes, RdA 64, 361
Pitzer-Lenz	Die "Wiesbadener Empfehlung" und ihre Rechtsprobleme, AuR 64, 300 ff.
Ramm	Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart 1960
----------	Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht, Stuttgart 1962
----------	Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965

Ramm	Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit - BVerfGE 18, 18 ., JuS 66, 223 ff.
----------	Die Anerkennung des Streikrechts, AuR 67, 97 ff.
----------	Der Koalitionsbegriff, RdA 68, 412 ff.
Reichel	Fragen der Tariffähigkeit in der neueren Rechtsprechung, RdA 60, 81 ff.
----------	Die Tariffähigkeit in der neuesten Rechtsprechung, RdA 63, 300 ff.
----------	Rechtsfragen zur Tariffähigkeit, RdA 65, 9 ff.
Reuss	Die Stellung der Koalitionen in der geltenden Rechtsordnung, in Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band I, S.144 ff., Bielefeld 1963
----------	Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit - zum Beschluß des BAG vom 19.1.1962 und zum Urteil des BVerfG vom 6.5.1964, RdA 64, 362 ff.
----------	Besprechung von Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Tarifvertragsgesetz, 4.Aufl., 1964, AuR 64, 278 ff.
----------	Der Arbeitskampf, ein Instrument zum Klassenkampf? RdA 65, 133 ff.
Richardi	Die Stellung des Arbeitskampfes in der gesamtwirtschaftlichen Rechtsordnung, RdA 66, 241 ff.
----------	Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968
Ridder	Meinungsfreiheit, in Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Band II, S.243 ff., Berlin 1954

Rüthers	Streik und Verfassung, Köln 1960
----------	Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AuR 67, 129 ff.
----------	Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, RdA 68, 161 ff.
Sabin	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956 = BAGE 4, 351 ff., SAE 56, 204
Schelp	Parteifähigkeit der Verbände im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren (§ 10 ArbGG), AuR 54, 70 ff.
Scheuner	Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, in Drei Rechtsgutachten zur Koalitionsfreiheit, S. 29 ff., Berlin-Frankfurt 1961
C. Schmitt	Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, Berlin 1932
----------	Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in HBDStR Band II, S. 572 ff. Tübingen 1932
Schnorr	Kollektivmacht und Individualrechte im Berufsverbandswesen, (Zur Frage der "immanenten"Gewährleistungsschranken der Koalitionsfreiheit), Festschrift für Molitor, S. 229 ff., München-Berlin 1962
----------	Öffentliches Vereinsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1965
----------	Der Begriff der Gewerkschaft, RdA 53, 377 ff.
----------	Bundesverfassungsgericht und kollektives Arbeitsrecht, RdA 55, 3 ff.

Schnorr	Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 66,327 ff.
----------	Anmerkung zur Entscheidung des Bayrischen Verfassungsgerichtshofes vom 31.3.1955, in AP Nr.1 zu Art. 35 BayVerf
Schnorr von Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
Schön	Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit - zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der Gewerkschaften, Diss. Würzburg 1967
Schöttler	Rechtsfragen zum Problem der sog. Beamtengewerkschaften, RiA 62,247 f.
Seidel	Die Gewerkschaftsbewegung in Deutschland, Köln 1952
Siebert	Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in Festschrift für Nipperdey, S.119 ff., München-Berlin 1955
Siebrecht	Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., Köln 1964
Sieg	Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts, AcP 151,246 ff.
Sinzheimer	Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927
----------	Anmerkung zum Urteil des RG vom 11.2.1926 = RGZ 113,33 ff., JW 27,256 ff.
Söllner	Zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, AuR 66,257 ff.
----------	Arbeitsrecht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
Spliedt	Die Gewerkschaften, Hamburg
Stadler	Die Gewerkschaften, München 1965

Stinglwagner	Tariffähigkeit und Arbeitskampfbereitschaft, Diss. Köln 1966
Tatarin-Tarnheyden	Art. 165 WRV - Recht der Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, in Nipperdey: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band III, S. 519 ff., Berlin 1930
Thiele	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.7.1956 = BAGE 4, 351 ff., in Maus, HBdAR, Teil XI Urteilssammlung, "Tariffähigkeit - Gewerkschaftsbegriff", zu Entsch. 1
Vorwerck	Die wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmer-Bewegung Deutschlands, Jena 1926
A. Weber	Arbeitskämpfe, HWB der Staatswissenschaften, 4.Aufl., Band 1, S.765 ff., Jena 1923
----------	Der Kampf zwischen Kapital und Arbeit, 6.Aufl., Tübingen 1954
W. Weber	Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, Festschrift für das OLG Celle, S.239 ff Göttingen 1961
----------	Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965
----------	Unzulässige Einschränkungen der Tariffreiheit, BB 64, 764 ff.
----------	Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 1965, 409 ff.
Weitbrecht	Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie, Berlin 1969
Welzel	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 18.11.1954 = BVerfGE 4, 96 ff., BABl 55, 218 ff.

Wlotzke	Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht, RdA 63,1 ff.
Zigan-Sabin	Tarifvertragsgesetz, Düsseldorf 1949
Zmarzlik	Arbeitszeitordnung, Heidelberg 1967
Zöllner	Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, Wien 1966
----------	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 9.7.1968 = AP Nr.25 zu § 2 TVG, SAE 69,137 ff.

III. Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band, Seite)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Band, Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG (Gesetz, Paragraph und Nummer der Entscheidung)
ArbBl	Arbeitsblatt für die Britische Zone (Jahr, Seite)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
AR-Praxis	Arbeitsrechts-Praxis (Jahr, Seite)
ARS	Arbeitsrechtssammlung (Band, Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Jahr, Seite)
AZO	Arbeitszeitordnung
BABl	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BayVerf	Bayerische Landesverfassung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater (Jahr, Seite)
BBG	Bundesbeamtengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
BRG	Betriebsrätegesetz
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (1946 bis 1950) (Jahr, Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
Entsch.	Entscheidung
e.V.	eingetragener Verein
FN	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Jahr, Seite)
HdBDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Band, Seite)
HessVerf	Hessische Landesverfassung
hM	herrschende Meinung
HWB	Handwörterbuch
IherJb	Jhering's Jahrbücher (Band, Seite)
JbÖffR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Band, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)

LAG	Landesarbeitsgericht
MindArbBedG	Mindestarbeitsbedingungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NZfAR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
PersVG	Personalvertretungsgesetz
Prot	Protokolle
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite
RiA	Recht im Amt (Jahr, Seite)
scil.	scilicet
Sitz.	Sitzung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVVO	Tarifvertragsordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Band, Seite)
WP	Wahlperiode
WRV	Weimarer Reichsverfassung

§ 1 Einleitung

Das Begriffspaar "Tariffähigkeit und Streikbereitschaft" umreißt eines der umstrittensten Probleme des modernen Tarifrechts: Muß eine Vereinigung von Arbeitnehmern, die Tarifverträge abschließen möchte, zur Durchsetzung ihrer Forderungen und Ziele zum Streik bereit sein?

Diese Frage ist zuletzt bedeutsam geworden in dem Verfahren, das die Gewerkschaft Nahrung-Genuß-Gaststätten nach §§ 2 I Nr.5, 97 ArbGG gegen den Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen e.V. angestrengt hat und in dem sie festgestellt wissen wollte, daß der betreffende Hausgehilfinnenverband wegen fehlender Kampfbereitschaft[1] nicht tariffähig sei.

Über die Antwort auf diese Frage waren sich hohe Gerichte ebensowenig einig wie es heute noch die Vertreter der Arbeitsrechtswissenschaft sind.

Das BAG hat sich in diesem[2] wie auch in anderen[3] Verfahren auf den Standpunkt gestellt, die Streikbereitschaft sei Voraussetzung für die Tariffähigkeit der Arbeitnehmerverbände.

---

1) Die sonst noch genannten Gründe traten im Lauf des Verfahrens zurück.

2) Beschluß vom 19.1.62 - BAGE 12, 184 ff. = AP Nr.13 zu § 2 TVG; ebenso auch die Vorinstanzen ArbG München und LAG Bayern (unveröffentlicht, hier zitiert nach Reichel, RdA 60, 81).

3) BAGE 4, 351 ff.; s.a. AP Nr.14 zu § 2 TVG.

Das BVerfG[1] ist dem entgegengetreten und hat auf die Verfassungsbeschwerde des Verbandes der Hausgehilfinnen das Urteil des BAG mit der Begründung aufgehoben, es sei mit Art. 9 III GG nicht vereinbar, für die Tariffähigkeit das Bekenntnis zum Arbeitskampf zu fordern. Dabei ist letztlich unklar geblieben, ob damit das BVerfG zu dieser Frage eine allgemeine und endgültige Stellungnahme abgegeben hat, weil es seine Entscheidung zwar auf die Berufe des Haushalts beschränkt, zur Begründung aber Überlegungen angestellt hat, die für alle Arbeitnehmerverbände Geltung haben.[2]

Auch in der Literatur sind die Ansichten geteilt; es fällt schwer, von einer herrschenden Meinung zu sprechen, nachdem im Zusammenhang mit dem genannten Verfahren die Vertreter der verschiedenen Richtungen ihren Standpunkt noch einmal eingehend dargelegt haben[3]; so sind auch die Verfasser der beiden grundlegenden Lehrbücher des kollektiven Arbeitsrechts, Nipperdey und Nikisch, in dieser Frage entgegengesetzter Meinung.[4]

---

1) Urteil vom 26.2.64 - BVerfGE 18,18 ff. = AP Nr.15 zu § 2 TVG.

2) Einschränkend interpretieren das Urteil z.B. Herschel, JZ 65,81 (84) und Reuss, RdA 64,362(368); ders., AuR 64,278(279); seine allgemeine Gültigkeit betonen z.B. Nikisch, SAE 64,141(143) und Reichel, RdA 65,9(13).

3) Übersicht bei Bulla, AR-Blattei, D Tarifvertrag II, Anm. zu Entsch. 3 und 3a; s.a. Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.1o9.

4) Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 S.1o9 (für Kampfbereitschaft); Nikisch II, § 57 II 8 S.13 (gegen Kampfbereitschaft).

Das Interesse an dem Verfahren der Hausgehilfinnen und das Ausmaß, das die Diskussion um diese Frage angenommen hat, läßt sich nicht mit der praktischen Bedeutung der Streitfrage erklären. Die Zahl der Arbeitnehmerverbände, die nicht kampfbereit sind und dennoch den Abschluß von Tarifverträgen anstreben, ist gegenwärtig so gering, daß dieses Problem von der Arbeits- und Sozialwelt her nicht drängend ist.

Es muß einen anderen Grund haben, daß dem hier zu beleuchtenden Aspekt der Tariffähigkeit ein solches Interesse entgegengebracht wird.

Ein erster Anhaltspunkt mag darin gefunden werden, daß die Fähigkeit zum Abschluß von Tarifverträgen schon ganz allgemein von großer Bedeutung ist, weil durch Tarifverträge "Niveau, Gangart und Gangrichtung der Wirtschaft, Kaufkraft und Währung[1]" entscheidend mitbestimmt werden können.

Fränkel[2] sah deswegen schon 1929 zu Recht in der Tariffähigkeit ein zentrales Problem des modernen Arbeitsrechts.

Es kommt aber noch etwas hinzu. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit können nicht ohne Rücksicht darauf festgelegt werden, welche Zwecke und Ziele mit der Einrichtung des Tarifvertrages erreicht werden sollen.

---

1) Reuss, Arbeitsrecht der Gegenwart I, S.144.
2) Fränkel, AR-Praxis 1929, 79.

Der Streit um die Kampfbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit der Arbeitnehmerverbände zeigt deswegen, daß über die Stellung und Aufgaben des Tarifvertrages heute zumindest insoweit noch keine Klarheit besteht, als dafür das Merkmal der Streikbereitschaft von Bedeutung ist; und dessen Auswirkungen reichen sehr weit. Angesprochen sind damit letztlich die Stellung der tariffähigen Arbeitnehmerverbände im Staat und die Rolle der von ihnen geschaffenen Regelungen in der gesamten Rechtsordnung.

Deswegen ist Reuss[1)] zuzustimmen, wenn er gerade die Frage nach der Erforderlichkeit der Kampfbereitschaft als ein arbeitsverfassungsrechtliches Problem von grundlegender Bedeutung bezeichnet.

---

1) Reuss, RdA 64,362.

Seite 5 wurde
herausgenommen

Bevor im einzelnen die damit verbundene Problematik dargelegt und erörtert wird, erscheint es sinnvoll, die genannten Begriffe in ihrer spezifischen Beziehung zueinander genauer zu erfassen und festzulegen. Das mag zugleich der Verdeutlichung der Fragestellung dienen.

T a r i f f ä h i g k e i t ist die Fähigkeit, Partei eines Tarifvertrages zu sein.[1)]

Sie ist die Voraussetzung für den Abschluß eines Tarifvertrages, den Beitritt zu einem schon bestehenden Tarifvertrag und den Abschluß eines sogenannten Anschluß-Tarifvertrages.[2)]

Die Tarifverträge zeichnen sich dadurch aus, daß sie die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber unmittelbar und zwingend regeln, §§ 1, 3, 4 TVG. Diese besondere Wirkung der tariflichen Vereinbarungen beruht darauf, daß ihnen kraft Gesetzes der Charakter von Rechtsnormen beigelegt ist, § 1 TVG. Der Tarifvertrag ist deswegen ein Normenvertrag[3)], sein Abschluß ein Akt der Normsetzung[4)].

---

1) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2,1; Nikisch II, § 70 I 1 S.236.

2) Einzelheiten dazu Nikisch II, § 70 I 1 S.236

3) Dazu eingehend Hueck, JherJb 73, 33 ff.

4) BAG AP Nr.4, 16, 70 zu Art.3 GG; Hueck-Nipperdey II /1, § 18 III S.346 ff.; Nikisch II, § 69 II 4 S.216; Bogs, RdA 56,1 (5); Zöllner Tarifnormen, S.1 ff. Demgegenüber wollen Bötticher, Gestaltungsrecht, S.18 ff. und Ramm, JuS 66, 223 (229) die Wirkungen der Tarifverträge rechtsgeschäftlich erklären. Dagegen spricht, daß § 1 TVG ausdrücklich von Rechtsnormen spricht; so zu Recht Schnorr, JR 66, 327 (330).

Die Tariffähigkeit interessiert hier also unter dem Aspekt, daß sie die Befugnis zur Normsetzung und damit zur unmittelbaren und zwingenden Regelung bestimmter Arbeitsverhältnisse eröffnet.[1)]

Mit "S t r e i k b e r e i t s c h a f t" wird das Verhältnis der Arbeitnehmer zum Streik angesprochen.

Der Streik ist für die Arbeitnehmer die wichtigste und wirkungsvollste Form des Arbeitskampfes.[2)] Arbeitskampf ist jede von den Parteien des Arbeitslebens vorgenommene Störung des Arbeitsfriedens durch kollektive Maßnahmen mit der ein bestimmtes Ziel erreicht werden soll.[3)] Der Streik wird dadurch charakterisiert, daß die Störung des Arbeitsfriedens in

---

1) Ob diese Fähigkeit zur Normsetzung als eine besondere, mit der allgemeinen nicht identische Art von Rechtsfähigkeit (so z.B. Hueck-Nipperdey II/1, § 20 I 2 S.421) oder als eine "Rechtliche Qualifikation eigener Art" (so z.B. Nikisch II, § 70 I 1 FN 3 S.236) zu bezeichnen ist, mag hier dahinstehen.

2) Dietz, Jus 68,1; eine andere Form des Arbeitskampfes ist der Boykott.

3) So die hM, die zur Bestimmung des Arbeitskampfes nur an das Kampfmittel anknüpft, z.B. Hueck-Nipperdey II, 6.Aufl., § 47 A I S.604,608; Nikisch II, § 62 I 1 S.78; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 1 S.23 ff.; Siebrecht, Arbeitskampf, S.13 ff.; BAG AP Nr.1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf); aA Huber II, S.390; früher vor allem Kaskel, Arbeitsrecht, 3.Aufl., S.370 ff.; A.Weber, HWB Staatswissenschaften, "Arbeitskämpfe" - ihrer Ansicht nach kommt hinzu, daß das verfolgte Ziel auf dem Gebiet des Arbeitslebens liegt und die Arbeitsbedingungen betrifft.

der planmäßig und gemeinsam durchgeführten Einstellung der Arbeit durch die Arbeitnehmer ohne Einverständnis des Arbeitgebers liegt.[1)]

Dementsprechend ist eine Arbeitnehmervereinigung ganz allgemein dann streikbereit, wenn sie willens ist, ihre Ziele mit Hilfe eines Streikes durchzusetzen; lehnt sie den Streik zur Verwirklichung ihrer Vorstellungen ab, so ist sie nicht-kampfbereit oder wirtschaftsfriedlich.

Schon hieraus wird deutlich, daß es bei der Streikbereitschaft nicht um die Fähigkeit, sondern um den Willen geht, zur Durchsetzung bestimmter Ziele zu streiken.

Es wird nun geltend gemacht, ohne die Einbeziehung der Kampffähigkeit sei die Fragestellung unvollständig; das Merkmal der Kampfbereitschaft könne nicht von der tatsächlichen Kampffähigkeit getrennt werden.[2)]

Damit ist insoweit etwas Richtiges gesehen, als ein echtes Bekenntnis zum Streik auch ein gewisses Maß an Kampffähigkeit voraussetzt.

Das Bekenntnis zum Arbeitskampf ist Ausdruck der inneren Bereitschaft, zur Unterstützung

---

1) Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 1 B I 1 S.29; Hueck-Nipperdey II, 6.Aufl., § 47 II 1 S.610.

2) In dieser Richtung z.B. Maus, HBdAR, VII B Tarifrecht, Rdr. 349 FN. 323 ; ders. TVG, § 2, 76.

und Durchsetzung der tariflichen Forderungen einen Arbeitskampf zu führen.[1] Ohne diesen Willen ist es ein Lippenbekenntnis, dem keine Bedeutung zukommen kann.[2] Die innere Bereitschaft zum Arbeitskampf kann aber nicht völlig gelöst von den praktischen Möglichkeiten zur Durchführung eines Arbeitskampfes gesehen werden; sie ist solange nicht glaubhaft, als der Verband sich nicht die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für einen Arbeitskampf geschaffen hat.

Welche Voraussetzungen dafür im einzelnen gegeben sein müssen, mag dahinstehen.[3] Denn hier geht es nur um die grundsätzliche Frage, ob Arbeitnehmerverbänden der Abschluß von Tarifverträgen möglich oder vorenthalten sein soll, wenn sie auf den Arbeitskampf als Mittel zur Durchsetzung ihrer Forderungen verzichtet haben und ihre Belange nur im Wege friedlicher Verständigung mit den Arbeitgebern wahren wollen. Die Überlegung, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Maße sie jeweils kampffähig sind, muß hinter ihrem grundsätzlichen - und glaubhaften - Bekenntnis zum Arbeitskampf zurücktreten.

---

1) Kunze, BB 64,1311.

2) BAGE 12,184 ff.; s.a. Frey, AuR 57,25; Reuss, RdA 64,362 (364).

3) Es besteht eine grundsätzliche Schwierigkeit, diese Merkmale positiv zu bestimmen, da die Anforderungen eines Arbeitskampfes im voraus kaum konkret zu bestimmen sind. Man ist sich nur darüber einig, daß bestimmte Merkmale nicht gegeben sein müssen; so muß z.B. ein Verband nicht in der Lage sein, seinen Mitgliedern während des Arbeitskampfes eine Unterstützung zu zahlen, BAG AP Nr.14 zu § 2 TVG; LAG Düsseldorf AP Nr.2 zu Art.9 GG; Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 a S.110.

Deswegen bedeutet die Streikbereitschaft auch nicht, daß ein Arbeitnehmerverband bereit sein muß, für jede tarifliche Forderung einen Arbeitskampf zu führen - letztlich vielleicht nur, um den Vorwurf, sein Bekenntnis zum Streik sei ein Lippenbekenntnis, zu vermeiden.[1] Der Entschluß, ob und um welche Forderungen im konkreten Einzelfall gekämpft werden soll, steht dem jeweiligen Verband immer noch frei.[2] Es geht nur darum, ob ein Verband **überhaupt** bereit sein muß, für gewisse Forderungen zum Mittel des Arbeitskampfes zu greifen, oder ob er sich völlig auf den Weg friedlicher Verständigung verlassen darf.

Die Diskussion um die Streikbereitschaft als Voraussetzung für die Tariffähigkeit der Arbeitnehmerverbände wird heute gewissermaßen auf drei verschiedenen Ebenen geführt, die häufig nicht deutlich genug auseinandergehalten werden.

Zunächst handelt es sich um ein Problem des einfachen Rechts, und zwar um die Auslegung des § 2 TVG (1.Ebene). Nach § 2 I TVG können auf der Arbeitnehmer-Seite nur die Gewerkschaften Tarifvertragsparteien und damit tariffähig[3] sein.[4] Der Gesetzgeber hat die

1) So Frey, AuR 57, 125; der Gedanke taucht wieder auf in BVerfGE 18, 18 (32) und bei Neumann-Duesberg, Anm. zu BVerfG AP Nr.15 zu § 2 TVG.

2) Reuss, RdA 64, 362 (364).

3) Herschel, ArbB 49, 22 (23).

4) Es kommen unter bestimmten Bedingungen hinzu die Zusammenschlüsse von Gewerkschaften, § 2 II, III TVG; sie seien der Vollständigkeit halber erwähnt, spielen hier jedoch keine Rolle.

Tariffähigkeit also nicht an das Vorliegen bestimmter, enumerativ aufgezählter Voraussetzungen geknüpft; er hat statt dessen bestimmten, generell bezeichneten Arbeitnehmerverbänden über § 2 I TVG unmittelbar die Tariffähigkeit verliehen.

Im Hintergrund aller Erörterungen um die Tariffähigkeit steht die verfassungsrechtliche Lage (2.Ebene). Dabei geht es vor allem darum, welche Bedeutung die Koalitionsfreiheit des Art.9 III GG für das Tarifrecht im allgemeinen und speziell für die Tariffähigkeit auf Arbeitnehmerseite hat.

Auf diese Fragen eine zuverlässige Antwort zu finden, ist um so schwerer, als die Diskussion von gewissermaßen außerrechtlichen Momenten (3.Ebene) überschattet wird. Die politische und weltanschauliche Grundeinstellung ist oft dafür verantwortlich, ob der Akzent mehr auf die Partnerschaft und friedliche Verständigung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, zu der Arbeitskämpfe nicht mehr recht passen wollen, gelegt wird, oder ob der immerwährende Gegensatz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der zuweilen eine kämpferische Auseinandersetzung erforderlich mache, hervorgekehrt wird.

Ausgangspunkt und Grundlage einer Untersuchung die prüfen will, ob die Tariffähigkeit auf kampfbereite Arbeitnehmerverbände beschränkt ist, kann nur die Regelung des § 2 I TVG sein. Daraus müßte sich die Ansicht des einfachen Gesetzgebers zum Merkmal der Streikbereitschaft herleiten lassen.

Je nach dem Ergebnis dieser Auslegung des § 2 I TVG ist zu prüfen, ob diese Regelung mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Dazu ist zunächst die Aussage des Grundgesetzes über die Tariffähigkeit zu ermitteln; sodann ist festzustellen, ob sich die Regelung des § 2 I TVG in dem Rahmen hält, der dem einfachen Gesetzgeber nach der Regelung des Grundgesetzes gelassen ist.

Die weltanschaulich oder politisch fundierten Überlegungen und Argumente können demgegenüber nur insoweit verwandt werden, als sie in das Tarifvertragsgesetz oder das Grundgesetz Eingang gefunden haben.

§ 2 Tariffähigkeit und Streikbereitschaft nach dem Tarifvertragsgesetz

Der einfache Gesetzgeber könnte die Streikbereitschaft dadurch zur Voraussetzung der Tariffähigkeit der Arbeitnehmerverbände gemacht haben, daß er die Tariffähigkeit in § 2 I TVG (nur) den "Gewerkschaften" zuerkannt hat.

I. Erfordernis der Streikbereitschaft als Folge einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers

Das wäre dann der Fall, wenn der Gesetzgeber unter Gewerkschaften nur kampfbereite Arbeitnehmerverbände verstanden hätte und ihnen - gerade oder zumindest auch - im Hinblick auf diese Einstellung die Tariffähigkeit zuerkannt hätte; in diesem Fall hätte er bestimmt, daß das Bekenntnis zum Streik nach seiner (bindenden) Auffassung für die Tariffähigkeit erforderlich sein sollte.

1. Die Meinung des BAG

Diesen Standpunkt vertritt vor allem das BAG.[1] Es sei für die Auslegung des § 2 I TVG von großer Wichtigkeit, daß der Gesetzgeber des TVG den früher in der TVVO[2] verwendeten

---

1) BAGE 12, 184 (191).

2) § 1 TVVO lautete: "Sind die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern durch schriftlichen Vertrag geregelt (Tarifvertrag), so ...

Begriff "Vereinigung von Arbeitnehmern", zu denen auch die nichtkampfbereiten Verbände gezählt worden seien[1], bewußt (!) durch den eindeutigen Begriff "Gewerkschaft", mit dem nach der historischen Entwicklung nur die kampfbereiten Arbeitnehmerverbände gemeint sein könnten, ersetzt habe. Unausgesprochen steht dabei im Hintergrund die Vorstellung, daß der Gesetzgeber gerade im Hinblick auf die unterschiedliche Einstellung zum Arbeitskampf den Wechsel vorgenommen habe.[2]

Zur Unterstützung verweist das BAG auf § 11 ArbGG.[3] Dort habe der Gesetzgeber bewußt (!) den "Gewerkschaften" andere "selbständige Vereinigungen mit sozial- und berufspolitischer Zwecksetzung" gegenübergestellt; darin zeige sich sein Bestreben, den Gewerkschaftsbegriff in seinen festen historischen Konturen zu erfassen und ihn nicht in dem allgemeinen Begriff eines Arbeitnehmerverbandes mit sozialpolitischer Zielsetzung aufgehen zu lassen. Zu dem festen, historisch überkommenen Begriff der Gewerkschaft gehöre die Streikbereitschaft.

---

1) s. im einzelnen S. 72.

2) So auch Bührig, Anm. zu BAG AP Nr.11 zu § 11 ArbGG; Schnorr, Anm. zu BayVerfGH AP Nr.1 zu Art.35 BayVerf; Kunze, BB 64, 1311 (1314); Reuss, RdA 64, 362 FN 6.

3) Ebenso Schnorr, Anm. zu BayVerfGH AP Nr.1 zu Art.35 BayVerf; Thiele, HBdAR, Teil XI Urteilssammlung, Tariffähigkeit-Gewerkschaftsbegriff, Anm. zu Entsch. 1; Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55, S. 1o9.

2. Bedenken

Die Meinung des BAG, der Gesetzgeber des TVG habe mit dem Wechsel in der Bezeichnung gerade hinsichtlich des Merkmals der Streikbereitschaft eine Änderung zwischen TVVO und TVG anordnen wollen, hält jedoch einer näheren Nachprüfung nicht stand.

a) Die Entstehungsgeschichte gibt zu den Gründen, die den Gesetzgeber bewogen haben, entgegen der früheren Regelung nunmehr (nur) die Gewerkschaften für tariffähig zu erklären, nichts her. Weder in den dazu dem Wirtschaftsrat vorgelegten Drucksachen[1] noch in dem wörtlichen Bericht über die Sitzung, in der die 2. und 3. Lesung des TVG stattfand[2], wird dieser Unterschied zwischen TVVO und TVG erwähnt, während ein Großteil der sonstigen Neuerungen ausführlich geschildert und begründet wird. Hätte wirklich eine gezielte Änderung der früheren Rechtslage herbeigeführt werden sollen, so wäre diese wohl kaum stillschweigend erfolgt.

Die Meinung des BAG, der Gesetzgeber habe den Wechsel mit dem Willen oder zumindest mit dem klaren Bewußtsein vorgenommen, damit die Tariffähigkeit auf kampfbereite Verbände zu beschränken, ist deswegen zunächst nur eine durch nichts erhärtete Behauptung.

---

1) Drucksachen des Wirtschaftsrates 1948: Nr.613, 672.

2) Drucksachen des Wirtschaftsrates 1948: Wörtlicher Bericht über die 24. Vollversammlung vom 9. - 1o.11.48, S.1094-1100.

b) Es läßt sich zu ihren Gunsten auch nicht anführen, die Änderung könne gar keinen anderen Sinn haben als den, die unterschiedliche Bewertung des Merkmals Arbeitskampfbereitschaft anzudeuten. Dieser Wechsel läßt sich ohne Schwierigkeiten mit Nikisch[1] auch dahin auslegen, daß die Tariffähigkeit der unter der TVVO tariffähigen Werkvereine[2] beseitigt werden sollte, weil unter Gewerkschaften nur überbetriebliche Verbände verstanden werden könnten.[3]

c) Entscheidend gegen das BAG spricht jedoch die folgende Überlegung:

In § 1 TVVO war die Tariffähigkeit allgemein den "Vereinigungen von Arbeitnehmern" verliehen worden, weil der Gesetzgeber keine eigene Aussage machen wollte; es war seine Absicht, die Ausfüllung dieses Begriffs Rechtsprechung und Literatur zu überlassen. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit sollten dabei nach den sachlichen Bedürfnissen des Tarifwesens entwickelt werden.[4]

Der jetzt verwandte Begriff "Gewerkschaft" ist demgegenüber zwar schärfer und umreißt

---

1) Nikisch II, § 57 II 6 S.11, § 6o II 1 S.53.

2) z.B. RAG ARS 5, 217 (218).

3) Daß die Werkvereine nach dem TVG nicht mehr tariffähig sind, ist allgemeine Meinung; statt aller Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2, 33.

4) RAG ARS 5, 545; Dersch-Volkmar, ArbGG, § 1o,5b S.291/292; s.a. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, Einleitung S.1o/11.

die Verbände, die tariffähig sein sollen, genauer.[1] Mangels irgendwelcher Hinweise des Gesetzgebers sagt der Wechsel selbst aber noch nichts darüber aus, welche Arbeitnehmerorganisationen nun als Gewerkschaften anzusehen sind.[2]

In dieser Situation kann es nur bei dem früheren Prinzip bleiben, daß die Festlegung der konkreten Merkmale der tariffähigen Vereinigungen, d.h. jetzt der Gewerkschaften, der Praxis vorbehalten ist.[3]

Die Streikbereitschaft kann aber nicht zu einem Merkmal des Gewerkschaftsbegriffs im Sinne des § 2 I TVG mit der Begründung gemacht werden, der Gesetzgeber habe den Gewerkschaften wegen ihres Bekenntnisses zum Arbeitskampf die Tariffähigkeit zuerkannt, wenn er sich über dieses Merkmal keine ausdrücklichen Gedanken gemacht hat .

Daran ändert sich im Ergebnis auch dann nichts, wenn man, wie kurz nach Erlaß des TVG mehrfach vertreten wurde[4], annimmt, die neue

---

1) Cornelssen, BABl. 52, 327 (331); Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2, 9; Dersch-Volkmar, ArbGG, § 1o, 5b S.293

2) Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG Nr.13 zu § 2 TVG.

3) s.a. Herschel, ArbBl. 49, 22 (23); Koselke, BB 49, 93.

4) Nipperdey, RdA 49, 81 (82); Dersch-Volkmar, ArbGG § 1o,5b S.293; Cornelssen, BABl.52, 327 (331); Boldt, RdA 53, 4o1 (4o2); Dietz-Nikisch, ArbGG, § 1o, 29; Herschel, ArbBl.49, 22 (23): ein Fortschritt ist es, daß die Dinge mit ihrem richtigen Namen bezeichnet werden.

Formulierung sei vornehmlich als eine Klarstellung gedacht gewesen; die Merkmale, die Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der "Vereinigung von Arbeitnehmern" im Sinne des § 1 TVVO entwickelt hätten, sollten als eigene Aussage des Gesetzgebers in § 2 I TVG zum Ausdruck kommen.

In diesem Fall ergäben die zu § 1 TVVO gefundenen Ergebnisse zwar gewisse, wenn auch keineswegs alle Aspekte erschöpfende Leitlinien für die Auslegung des § 2 I TVG.[1] Das könnte aber für die Meinung, die Streikbereitschaft sei durch die Einführung des Begriffs "Gewerkschaft" zur Voraussetzung der Tariffähigkeit gemacht worden, schon deswegen nichts ergeben, weil nach der herrschenden Meinung zu § 1 TVVO die Streikbereitschaft für die Tariffähigkeit nicht erforderlich war.[2]

d) Auch der Hinweis des BAG[3] auf die Fassung des § 11 ArbGG ist nicht überzeugend.

Man hat bei seiner Abfassung zunächst nur an die konfessionellen Arbeitnehmerverbände gedacht, insbesondere an die aus der Zeit vor 1933 bekannten christlichen Arbeitersekretariate, dann aber allgemein die Vereinigungen einbezogen, die ihre Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer recht-

---

1) Hueck-Nipperdey II/1, § 20 III S.425; Nipperdey, RdA 49, 81 (84); Dersch-Volkmar, ArbGG, § 10, 5b S.293; Boldt, RdA 53, 401 (402); Cornelssen, BABl.53, 327 (330); s.a. BVerfGE 4, 96 (106).

2) Einzelheiten dazu s.S. 72.

3) BAGE 12, 184 (191/192).

lich beraten und vor Gericht vertreten.[1)]

Diese Verbände unterscheiden sich von den Gewerkschaften weniger durch die fehlende Arbeitskampfbereitschaft, sondern vor allem durch die Zielrichtung ihrer Tätigkeit; sie wollen anders als die Gewerkschaften die Interessen ihrer Mitglieder nicht gegenüber dem sozialen Gegenspieler vertreten, sondern durch Rechtsberatung und Prozeßvertretung in sozialen Fragen ihre Mitglieder unterstützen.[2)]

Wenn das BAG diesem Argument entgegenhält, daß der Gesetzgeber von einer "sozialpolitischen Zwecksetzung" dieser Verbände gesprochen habe und deswegen diese Verbände auch die Interessen ihrer Mitglieder gegenüber dem Arbeitgeber wahrnehmen könnten, so mag das theoretisch richtig sein; in der Praxis zeigt sich aber, insbesondere bei den konfessionellen Verbänden, daß diese ihr Aufgabengebiet deutlich von dem der (christlichen) Gewerkschaften abgegrenzt haben und die sozialen Verhältnisse ihrer Mitglieder nur allgemein in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer fördern wollen.

Deswegen ist die Bedeutung des § 11 ArbGG wohl nur darin zu sehen, die Vertretungsbefugnis vor den Arbeitsgerichten auch auf

---

1) s. BT Prot.,1 WP 272. Sitz. S.13 485.

2) BVerfGE 18, 18 (32); Dietz, Grundrechte III/1, S.443 FN 93; Dietz-Nikisch, ArbGG, § 11, 57; Boldt, RdA 53, 4o1 (4o2), Dersch-Volkmar, ArbGG § 11, 6 S.339; Brand, RiA 62, 86; s.a. RdA 54, 1oo.

die Organisationen auszudehnen, die nicht den klassischen Berufsverbänden entsprechen, sondern sich auf die Rechtsberatung ihrer Mitglieder beschränkt und dort bewährt haben.

3. Ergebnis

Danach kann also nicht davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber den Wechsel von "Vereinigung von Arbeitnehmern" zu "Gewerkschaft" in der Absicht vorgenommen hat, nunmehr die Streikbereitschaft zur Voraussetzung der Tariffähigkeit zu machen; es ist nicht festzustellen, daß er die Gewerkschaften bewußt als Kampfverbände verstanden hat und ihnen - gerade oder zumindest auch - wegen dieser Einstellung die Tariffähigkeit verliehen hat.

II. Erfordernis der Streikbereitschaft als Ergebnis einer Auslegung des Begriffs "Gewerkschaft"

Läßt sich allein aus dem Wechsel im Ausdruck auch keine bewußte Entscheidung des Gesetzgebers für die Streikbereitschaft herleiten, so bleibt weiter zu untersuchen, ob sich diese Voraussetzung nicht daraus ergeben kann, daß der Gesetzgeber durch § 2 I TVG von den zahlreichen und vielfältigen Arbeitnehmerorganisationen nur die Gewerkschaften für tariffähig erklärt hat.

1. Der Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffs "Gewerkschaft"

Die Entscheidung hängt wesentlich von der Auslegung des Begriffs "Gewerkschaften" unter dem Gesichtspunkt der Streikbereitschaft ab. Dabei ist folgendes zu beachten:

Der Begriff "Gewerkschaft" entstammt nicht der Rechtssprache; er ist auch nicht gesetzlich definiert. Das bedeutet, daß er seinen Inhalt nicht unmittelbar aus der Rechtsordnung bezieht.[1)]

Der Ausdruck "Gewerkschaft" ist dem Sprachgebrauch des Arbeitslebens und der Sozialpolitik entnommen und umreißt eine Gruppe von Arbeitnehmerverbänden, die sich auf Grund ihrer geschichtlichen Entwicklung, Satzung, Zusammensetzung und Betätigung

---

1) Demgegenüber wird z.B. "Eigentum" inhaltlich allein durch die §§ 903 ff. BGB bestimmt.

von den anderen Arbeitnehmerverbänden unterscheiden.[1)]

Wenn der Gesetzgeber des TVG die Tariffähigkeit nur den Gewerkschaften verliehen hat, so kann das deswegen nur dahin verstanden werden, daß er auf diese tatsächlich bestehenden Arbeitnehmerverbände verwiesen und diesen Lebenssachverhalt stellvertretend für eine eigene Aussage in das Gesetz aufgenommen hat.[2)]

Sollte mit "Gewerkschaft" auf ein tatsächliches Phänomen des Arbeits- und Soziallebens verwiesen werden, so muß Ausgangspunkt für die rechtliche Bestimmung dieses Begriffs das konkrete Erscheinungsbild der Gewerkschaften sein, wie es sich aus ihrer bisherigen geschichtlichen und sozialen Entwicklung ergeben hat.[3]

Darauf ist man um so mehr angewiesen, als der Begriff "Gewerkschaft" für das Arbeitsrecht zum erstenmal im TVG von 1948 verwendet wor-

---

1) Herschel, ArbBl. 49, 22 (23); Cornelssen, BABl. 52, 327 (331); Goldschmidt, DB 49, 299; Zigan-Sabin, TVG, S.44; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.51/52.

2) Herschel, JZ 65, 81 (85).

3) BAGE 4, 351 (352); zust. Thiele, HBdAR, Teil XI Urteilssammlung, Tariffähigkeit-Gewerkschaftsbegriff, Anm. zu Entsch.1 und Gros, AR-Blattei, Arbeitsgerichtsbarkeit VI C, Anm. zu Entsch.2; BAGE 12, 184 (191); Nipperdey, RdA 64, 361; Cornelssen, BABl. 52, 327 (330); Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr.13 zu § 2 TVG; konkludent auch Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2, 40.

den ist.[1] Damit entfällt nämlich die Möglichkeit, auf die Einführung dieses Begriffs in früheren Gesetzen und die dazu gefundenen Auslegungsergebnisse, als deren gesetzgeberische Bestätigung man die erneute Verwendung auffassen könnte, unmittelbar zurückzugreifen.[2]

Deswegen ist danach zu fragen, ob die als Gewerkschaften bezeichneten Arbeitnehmerverbände, so wie sie der Gesetzgeber des TVG im Jahre 1948 vorfand, rein tatsächlich den Streik bejahten. Wenn das der Fall wäre, könnte man sagen, daß nach der damaligen, allgemeinen Vorstellung die Gewerkschaften Kampfverbände waren. Da weiter davon auszugehen ist, daß der Gesetzgeber den Begriff "Gewerkschaft" mangels entgegenstehender Anzeichen in der allgemein üblichen Weise verstanden hat, so könnte das bedeuten, daß der Gesetzgeber mit Gewerkschaften auf Kampfverbände verwiesen und damit die Tariffähigkeit konkludent von der Streikbereitschaft abhängig gemacht hat.

---

1) Von den arbeitsrechtlichen Gesetzen sprach als erste die TVVO von 1918 von "Vereinigungen von Arbeitnehmern" (s.S. 13 FN 2); demgegenüber kannten verschiedene Landesverfassungen bereits vor 1948 "Gewerkschaften", z.B. Art.36 HessVerf., Art.35 BayVerf.

2) Die unkritische Übernahme der zu § 1 TVVO entwickelten Grundsätze, wie sie z.B. bei Brand, RiA 62, 86 und Stinglwagner, Tariffähigkeit, S.89 ff. erfolgt, ist deswegen bedenklich; zur Bedeutung, die diese Auslegungsergebnisse dennoch für § 2 I TVG haben, s.S. 17 f.

2. Die geschichtliche Entwicklung der Gewerkschaften und ihr Bekenntnis zum Streik

Die Einstellung der Gewerkschaften zum Streik wird am deutlichsten, wenn man sich zuvor mit den Anfängen der modernen Arbeitnehmerbewegung und den Umständen, die zur Gründung von Arbeitnehmerverbänden geführt haben, vertraut macht.[1)]

a) Die Anfänge der modernen Arbeitnehmerbewegung und ihr wirtschaftlich-sozialer Hintergrund

Die Entstehung der modernen Arbeitnehmerbewegung hängt eng zusammen mit dem Beginn der Industrialisierung und dem Entstehen der modernen, liberalistisch-kapitalistischen Wirtschaftsverfassung.[2)]

Die umwälzenden technischen Erfindungen des 18. Jahrhunderts und ihre industrielle Auswertung in der Folgezeit setzten immer mehr Arbeitnehmer in Landwirtschaft und Handwerk frei. Die Betroffenen waren darauf angewiesen, in den neu entstehenden Fabriken und

---

1) Die moderne Arbeitnehmer-Bewegung ist ungeachtet gewisser Parallelen deutlich zu unterscheiden von den Zusammenschlüssen der Handwerksgesellen im Rahmen der mittelalterlichen Zunftverfassung. Die moderne Arbeitnehmerbewegung setzt die Erkenntnis von der "Unentrinnbarkeit" des abhängigen Arbeitsverhältnisses voraus, während der mittelalterliche Geselle seine Stellung nur als eine Art Durchgangsstufe auf dem Weg zum selbständigen Meisterstand ansah.
s. dazu Furtwängler, Gewerkschaften, S.8.

2) Brisch, Gewerkschaften, S.15; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.7.

Betrieben Arbeit zu suchen, um leben zu können; teilweise erhofften sie sich auch von dem Wechsel bessere Löhne und leichtere Arbeit, als sie auf Bauernhöfen und in Werkstätten zu finden gewesen waren.[1)]

Die Hoffnungen auf höhere Löhne und bessere Arbeitsbedingungen erfüllten sich nicht; im Gegenteil, mit zunehmender Industrialisierung wurde das Angebot an Arbeitskräften immer größer, die Arbeitslöhne gingen immer weiter zurück und fielen häufig genug unter das Existenzminimum. Die deswegen einsetzende Frauen- und Kinderarbeit verschlimmerte die Lage nur noch mehr, weil sie den Überhang an Arbeitskräften weiter vergrößerte.

Häufig genug hatte diese Situation in den 30er und 40er Jahren des 19. Jahrhunderts zu plötzlichen "wilden" Streiks seitens der Arbeitnehmer geführt, mit denen diese eine Verbesserung ihrer sozialen Lage zu erreichen suchten.[2)]

---

1) Stadler, Gewerkschaften, S.11; Brisch, Rechtsstellung, S.15; Kurth, Gewerkschaften, S.34; Kurth, a.a.O., weist zur Veranschaulichung darauf hin, daß zwischen 1800 und 1882 die Anzahl der nichtlandwirtschaftlichen Arbeitnehmer um das 100-fache (!), von etwa 80 000 auf über 8 Millionen, stieg.

2) z.B. der Weberaufstand in Schlesien von 1844.

Diese hatten aber fast nie zum Erfolg geführt[1]; entweder hatten andere Arbeiter nur zu bereitwillig die freistehenden Arbeitsplätze eingenommen oder die Streikenden besaßen nicht die Mittel und Möglichkeiten, den Arbeitskampf über eine längere Zeit durchzuhalten.[2] Den Arbeitnehmern fehlte vor allem eine Organisation, die den Streik von langer Hand vorbereitete und durchführte sowie die streikenden Arbeitnehmer während des Aufstandes finanziell und materiell unterstützte.

Die Erkenntnis dieser Zusammenhänge, insbesondere von der Notwendigkeit des Zusammenschlusses als Voraussetzung erfolgreicher Arbeitskämpfe, setzte sich in der folgenden Zeit immer mehr durch[3], und so wurde die Möglichkeit, einen Arbeitskampf wirksam durchzuführen, einer der Hauptgründe für die Bildung der modernen Arbeitnehmerverbände.[4]

Daß es den Arbeitnehmern vornehmlich um die Bildung von Vereinigungen ging, mit denen ein Arbeitskampf geführt werden konnte, läßt sich mittelbar auch aus der Gesetzgebung jener Zeit, die eben der Bildung von Kampfverbänden feindlich gegenüberstand, entnehmen.

---

1) Den Hamburger Zimmerleuten war 1842 einmal die Herabsetzung ihrer täglichen Arbeitszeit von 15 auf 14 (!) Stunden mittels eines Arbeitskampfes gelungen; nach Spliedt, Gewerkschaften, S.6.

2) Bernstein, Streik, S.31.

3) s.a. Hueck-Nipperdey II/1, § 7 II S.116.

4) Bernstein, Streik, S.31; s.a. Ramm, Arbeitskampf, S. 13/14 FN 57; Seidel, Gewerkschaftsbewegung, S.4/5; Furtwängler, Gewerkschaften, S.7.

So verboten die autokratisch-monarchisch regierten Staaten die kämpferisch eingestellten Koalitionen, weil man von ihnen Verstöße gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung befürchtete.[1)]

Selbst die liberal eingestellten Staaten reagierten auf diese Arbeitnehmerzusammenschlüsse nicht anders; sie sahen in ihnen eine Störung des "freien Spiels der Kräfte", und damit einen Verstoß gegen die Grundsätze der Freiheit des Arbeitsvertrages.[2)]

Der Weg für die Gründung von Arbeitnehmerverbänden wurde erst frei, als beginnend mit dem Jahre 1861 in Sachsen, 1869 dann in

---

1) So die Begründung zu den §§ 181 - 184 der preußischen GewO von 1845; danach waren mit Gefängnis zu bestrafen Gesellen und Fabrikarbeiter, welche "die Gewerbetreibenden ... zu Zugeständnissen dadurch zu bestimmen suchten, daß sie die Einstellung der Arbeit oder die Verhinderung derselben bei einzelnen oder mehreren Gewerbetreibenden verabreden oder zu einer solchen Verabredung auffordern"; zit. nach Brisch, Gewerkschaften, S.18.

2) Schon die französische Revolutionsgesetzgebung untersagte jeden freien Zusammenschluß zur Erreichung günstiger Arbeitsbedingung: "nur ohne Einmischung einer Vereinigung ist ein freier Arbeitsvertrag zwischen den einzelnen Individuen denkbar und möglich"; zit. nach Kurth, Gewerkschaften, S.26/27; s.a. Hueck-Nipperdey II/1, § 7 I S.115; Brisch, Gewerkschaften, S.17.

Preußen die Koalitionsverbote aufgehoben wurden. Daß man auch dabei vor allem die Kampfkoalitionen der Arbeitnehmer im Auge hatte, zeigt die Fassung der entsprechenden Gesetze.[1)]

b) Das historische Bekenntnis der Gewerkschaften zum Arbeitskampf

Es kann nicht im einzelnen darauf eingegangen werden, unter welchen konkreten Umständen sich die verschiedenen Arbeitnehmerverbände bildeten und organisierten. Wichtig ist an dieser Stelle nur, ob die als Gewerkschaften bezeichneten Arbeitnehmerverbände zur Verwirklichung ihrer Ziele auch zum Streik bereit waren.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Gründung der ersten Arbeitnehmerverbände nicht zuletzt als Mittel zum Arbeitskampf erfolgte. Das mußte natürlich ihre Einstellung zum Streik bestimmen.

Daher bekannten sich alle Arbeitnehmervereinigungen, die im Anschluß an die Aufhebung der Koalitionsverbote entstanden und als Gewerkschaften angesehen wurden, zum Arbeitskampf.

---

1) So lautete z.B. § 152 GewO für den Norddeutschen Bund: "Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen ... Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredung und Vereinbarungen zum Behufe günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit ..., werden aufgehoben.

Allerdings zeigten sich von Anfang an auch graduelle Unterschiede in der Bewertung des Arbeitskampfes, die mit der weltanschaulichen Spaltung der damaligen deutschen Gewerkschaftsbewegung zusammenhingen. Zur Verdeutlichung sei kurz auf die drei verschiedenen Richtungen in der deutschen Gewerkschaftsbewegung eingegangen.

Die sogenannten f r e i e n G e w e r k s c h a f t e n, die weitaus größten und wichtigsten, zeichneten sich dadurch aus, daß sie, maßgeblich durch die Gedanken von Karl Marx beeinflußt, ihr eigentliches Ziel in der endgültigen Befreiung der Arbeiterklasse von den Fesseln der kapitalistischen Wirtschaftsverfassung sahen; Mittel dazu sollte der revolutionäre Klassenkampf sein.[1] Die Verbesserung der sozialen Lage der Arbeitnehmer durch den Kampf um bessere Lohn- und Arbeitsbedingungen war demgegenüber zunächst lediglich ein Nahziel, nicht zuletzt deswegen verfochten, um den Mitgliedern auch praktische Erfolge vorweisen zu können.[2]

Der Arbeitskampf war bei dieser Grundhaltung selbstverständlich; zu beachten ist aber, daß er immer in einem engen Zusammenhang mit dem Klassenkampf gesehen wurde.[3]

---

1) A.Weber, Kapital und Arbeit, S.61/62; dieses Ziel sah man erst dann als erreicht an, wenn das Prinzip der Lohnarbeit als solches aufgehoben wäre, so z.B. Legien, Gewerkschaftsbewegung, S.17.

2) Nikisch I, § 2 II 4 S.18.

3) Christmann, Gewerkschaftsbewegung, S.54 ff.

Demgegenüber lehnten die **Hirsch-Dunkerschen Gewerkvereine** die Lehre vom Klassenkampf ab. Sie standen seit ihrer Gründung auf dem Boden der bestehenden Ordnung und waren bestrebt, den Arbeitnehmern innerhalb der kapitalistischen Wirtschaft und des Lohnarbeitsverhältnisses eine gesicherte Existenz zu verschaffen.[1)]

Dabei waren sich auch die Hirsch-Dunkerschen Gewerkvereine darüber klar, daß die soziale Lage der Arbeitnehmer nicht ohne Kampf zu verbessern war. Ungeachtet der Anerkennung der bestehenden Wirtschaftsverfassung betrachteten sie deswegen den Streik als ein legitimes Mittel zur Erreichung ihrer Ziele.[2)]

Im Ergebnis ebenso verhielten sich die **christlichen Gewerkschaften**, die erst seit 1894 unter Betonung christlicher, insbesondere katholischer[3)] Gedanken gegründet wurden. Aufbauend auf diesen Grundsätzen betonten sie, daß beide Seiten, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, ein gemeinsames Interesse als Erzeuger gegenüber dem Verbraucher hätten und das Verhältnis der Gewerkschaften zu den Arbeitgebern von versöhnlichem Geist getragen sein müsse.

---

1) So das Programm der Hirsch-Dunkerschen Gewerkvereine von 19o8, abgedruckt bei A.Weber, Kapital und Arbeit, S.62; s.a. Hirsch, Arbeiterberufsvereine, S.1 ff.

2) Christmann, Gewerkschaftsbewegung, S.25 ff.

3) Vor allem die Enzyklika "rerum novarum" von Papst Leo XIII. vom 15.2.91.

Das hinderte die christlichen Gewerkschaften aber nicht, sich zum Streik als letztem Mittel zu bekennen, falls die geltend gemachte Forderung vertretbar und maßvoll war.[1] Ihr Bekenntnis zum Arbeitskampf ist um so bemerkenswerter, als es nicht mehr unmittelbar durch die schlechte Lage der Arbeitnehmer zwischen 1840 und 1860 erklärt werden kann.

Daraus ergibt sich, daß die drei bedeutenden Richtungen der modernen Arbeitnehmerbewegung, die man allgemein als Gewerkschaften ansah, von der Gründung an sämtlich zum Arbeitskampf bereit waren.

An dieser Einstellung hat sich auch bis 1933 und in den Jahren von 1945 bis 1948 im wesentlichen nichts geändert.

Deswegen muß man, legt man bei der Auslegung des Begriffs Gewerkschaft diese geschichtliche Entwicklung zugrunde, zu dem Ergebnis kommen, daß zumindest bis zum Jahre 1948 Gewerkschaften immer solche Arbeitnehmerverbände waren, die als Kampforganisationen

---

1) So die Leitsätze des 1. christlichen Gewerkschaftskongresses von 1899, abgedruckt bei A.Weber, Kapital und Arbeit, S.62; dazu auch Christmann, Gewerkschaftsbewegung, S.38.

entstanden waren und auch in der Folgezeit diesen Charakter nicht verloren hatten.[1)]

3. Folgerungen für die Auslegung des Gewerkschaftsbegriffs im Sinne des § 2 I TVG

a) Vor allem früher[2)], zum Teil aber auch noch heute[3)] hielt bzw. hält man den Hinweis auf diese geschichtliche Entwicklung für ausreichend, um eine Beschränkung der Tariffähigkeit auf kampfbereite Arbeitnehmerverbände anzunehmen. Weder der Gesetzgeber noch der Gesetzesinterpret komme daran vorbei, so wurde und wird argumentiert, daß Gewerkschaften

---

1) Ebenso unter summarischem Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung BAGE 4,351(352); 12,184(191); Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG § 2 Anm.40; Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.109; Sabin, SAE 56,204;
Das wird nicht einmal von denen bestritten, die für die Tariffähigkeit nach § 2 I TVG keine Streikbereitschaft verlangen, z.B. Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr. 13 zu § 2 TVG; Nikisch, SAE 62,60; Bulla, AR-Blattei D, Tarifvertrag II, Anm. zu Entsch. 3; Reichel, RdA 63,300 (303).

2) BAGE 4,351(352); zust. Thiele, HBdAR, Teil XI Urteilssammlung, Tariffähigkeit - Gewerkschaftsbegriff, Anm. zu Entsch. 1; LAG Berlin, AP 1951 Nr.122; Hueck-Nipperdey, TVG (1.Aufl. 1950, 2.Aufl. 1951), § 2 Anm. 38; Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG (3.Aufl. 1955), § 2 Anm. 38; Schelp, AuR 54,70(74); ArbG Stade, BB 53,235.

3) Insbesondere Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2 Anm. 40; Auffahrt-Schönherr, ArbGG, § 10 Anm.1; Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, M II 12 S.613.

immer kampfbereit gewesen seien. Die Verwendung dieses Begriffs in § 2 I TVG müsse deswegen als die Beschränkung der Tariffähigkeit auf kampfbereite Arbeitnehmerverbände verstanden werden.

b) Gegen diese Argumentation meldet Nikisch[1] gewichtige Bedenken an.

Zwar sei die Streikbereitschaft im allgemeinen bei den Gewerkschaften vorhanden. Eine herkömmliche Verhaltensweise könne aber nur dann als Begriffsmerkmal angesehen werden, wenn sie für den Begriff auch wesentlich sei. Allein mit dem Hinweis auf die historischen Verhältnisse lasse sich die Frage, ob die Arbeitskampfbereitschaft ein wesentliches Merkmal des Gewerkschaftsbegriffes im Sinne des § 2 I TVG sei, nicht beantworten.

Nikisch macht mit seinem Hinweis zu Recht auf zwei Punkte aufmerksam.

Einmal können als Voraussetzung der Tariffähigkeit nur die Merkmale des Gewerkschaftsbegriffs angesehen werden, die für diesen Begriff wesentlich sind.

Zum andern läßt sich mit einer allein auf das konkrete historische Phänomen "Gewerkschaft" abstellenden Betrachtungsweise zwischen wesentlichen und unwesentlichen Merkmalen nicht unterscheiden.

---

1) Nikisch II, § 57 II 8 S.13; SAE 62, 60.

Blieben diese beiden Punkte unberücksichtigt, so ließe sich auch die These aufstellen, eine Gewerkschaft im Sinne des § 2 I TVG müsse ein nichtrechtsfähiger Verein sein, weil bislang alle Gewerkschaften so organisiert waren.

c) Bei der Frage, ob die Streikbereitschaft in diesem Sinne ein wesentliches Merkmal der Gewerkschaften im Sinne des § 2 I TVG darstellt, wird man von folgendem ausgehen müssen:

aa) Wenn der Gesetzgeber die Tariffähigkeit einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmerverbänden zuerkannt hat, ohne deren Merkmale direkt oder indirekt festzulegen, so hat er im Zweifel all die Merkmale der Gewerkschaften als für die Tariffähigkeit wesentlich angesehen, die für ihre tarifliche Betätigung nicht ohne eine gewisse Bedeutung sind.[1)]

Geht man davon aus, so ergibt sich, daß die Bereitschaft der Gewerkschaften, zur Durchsetzung ihrer Forderungen auch Arbeitskämpfe zu führen, für ihre tarifliche Betätigung von ganz besonderer Bedeutung ist. Die Gewerkschaften schließen Tarifverträge ab, um die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu fördern und zu verbessern. Für diese Bemühungen ist die Streikbereitschaft deswegen wichtig, weil die Drohung mit einem Streik, und eventuell seine Durchführung, wirkungsvolle Mittel sind, um die Arbeitgeber zu

---

1) Dersch-Volkmar, ArbGG, § 10 5 b S.293; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2, 9.

Zugeständnissen zu veranlassen.[1] Dementsprechend hat das historische Bekenntnis der Gewerkschaften zum Streik, wie bereits dargelegt[2], nicht notwendig seinen Grund in der weltanschaulich begründeten Lehre vom Klassenkampf, wie sie von den freien Gewerkschaften vertreten wurde. Unabhängig von der jeweiligen Einstellung zum Klassenkampf erschien den Gewerkschaften das Bekenntnis zum Streik schon deswegen als erforderlich, weil die Arbeitgeber nach ihrer Erfahrung nicht zu freiwilligen Zugeständnissen bereit waren, ihnen als Druckmittel aber nur der Arbeitskampf zur Verfügung stand.

Schon dieser Umstand spricht dafür, das historische Bekenntnis der Gewerkschaften über § 2 I TVG als ein für die Tariffähigkeit nicht unwesentliches Merkmal zu betrachten.[3]

Was hier mit einer mehr abstrakten Überlegung zur Bedeutung des Arbeitskampfes für die gewerkschaftliche Betätigung gesagt wird, erhält seine eigentliche Aussagekraft erst, sieht man es auf dem Hintergrund der Geschichte der modernen Arbeitnehmerverbände. Dann erst zeigt sich nämlich ganz deutlich, wie wesentlich das Bekenntnis zum Streik für die Gewerkschaften selbst und ihr Verhältnis zu anderen Arbeitnehmerverbänden war.

---

1) s. im einzelnen S. 90.

2) s.S. 29 ff.

3) So vor allem Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.109.

Die Gewerkschaften haben sich seit ihrem Bestehen von den anderen Arbeitnehmerverbänden mit gleicher Zielrichtung gerade durch ihre Bereitschaft zum Arbeitskampf unterschieden. Zwischen den Gewerkschaften, die immer kampfbereit waren, und den anderen nicht kampfbereiten Arbeitnehmerverbänden hat immer ein scharfer Gegensatz bestanden, der sich eben darauf gründete, daß diese Arbeitnehmerverbände im Gegensatz zu den Gewerkschaften zur Verfolgung ihrer Ziele nicht zum Streik bereit waren.

Das mag ein kurzer Blick auf die Geschichte der wirtschaftsfriedlichen Arbeitnehmerverbände und ihre Beziehungen zu den Gewerkschaften zeigen.[1)]

bb) Seit etwa 1905 entstanden neben den Gewerkschaften, die auf überbetrieblicher Grundlage gebildet und unterhalten wurden, Organisationen von Arbeitnehmern, die auf der Zugehörigkeit zu einem Betrieb aufbauten. Diese Werkvereine gingen davon aus, daß der Interessengegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Wege friedlicher Verständigung ausgeglichen werden könnte; ohne ausdrücklich auf das Recht zum Streik

---

1) Dazu allgemein Apolant, wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerbewegung, S. 1 ff; Vorwerck, wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerbewegung, S. 1 ff.

zu verzichten, lehnten sie deswegen den Arbeitskampf als Mittel zur Erlangung besserer Bedingungen ab.[1)]

Schon die Umstände ihrer Gründung zeigten, daß die wirtschaftsfriedlichen Verbände nicht als neue gewerkschaftliche Zusammenschlüsse neben den bereits bestehenden Gewerkschaften betrachtet werden konnten.

Anlaß zu ihrer Gründung war nicht die Durchführung eines Arbeitskampfes; im Gegenteil, oft wurden die Werkvereine auf Veranlassung und mit Unterstützung der Arbeitgeber (!) ins Leben gerufen, um gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen zu unterlaufen.[2)]

---

1) § 10 der Satzung des "Kartells deutscher Werkvereine", eines Dachverbandes wirtschaftsfriedlicher Werkvereine, lautete: "Die Werkvereine erblicken in dem Arbeitgeber nicht den wirtschaftlichen Feind der Arbeiterschaft, sondern den Mitarbeiter im Produktionsprozeß. ... Deshalb erblicken die Werkvereine ihre Aufgabe ... in einer Zusammenarbeit mit den gleichgesinnten Arbeitgebern mit dem Ziel gegenseitiger f r i e d l i c h e r V e r s t ä n d i g u n g über die Arbeitsbedingungen und gemeinsamer Förderung der Interessen der deutschen Industrie"; zit. nach Vorwerck, Wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerbewegung, S.16.

2) So waren aus Anlaß eines Streikes in der bayrischen Metall-Industrie im Jahre 1905 viele Arbeitnehmer ausgesperrt worden. Die MAN, Werk Augsburg, erließ darauf einen Aufruf zur Gründung eines Werkvereins, dessen Mitglieder nicht ausgesperrt würden. Dazu Vorwerck, Wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerbewegung, S.2; Kurth, Gewerkschaften, S.70; Braun-Müller, Gewerkschaften, S.417 ff.

Aus diesem Grunde wurden sie von gewerkschaftlicher Seite als Streikbrecherorganisationen bezeichnet und bekämpft[1]; teilweise reihte man sie sogar unter die Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber (!) ein.[2]

Aber auch unabhängig von der zweifelhaften Rolle der Werkvereine bei gewerkschaftlichen Arbeitskämpfen konnten die wirtschaftsfriedlichen Verbände es nie erreichen, als Gewerkschaften angesehen oder diesen wenigstens gleichgestellt zu werden. Nicht zuletzt dank der entsprechenden gewerkschaftlichen Propaganda traute man ihnen eine von den Arbeitgebern unabhängige und nur die Interessen ihrer Mitglieder verfechtende Betätigung, wie sie die Gewerkschaften auf ihre Fahnen geschrieben hatten, nicht zu.[3]

Ein Beweis dafür sah man in dem Verzicht auf den Arbeitskampf; umgekehrt wurde das Bekenntnis zum Arbeitskampf als Ausdruck der Bereitschaft und Möglichkeit der Gewerkschaften verstanden, rückhaltlos die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten.

Arbeitnehmerverbände, die den Arbeitskampf ablehnten, wurden demgemäß nicht als Gewerkschaften angesehen.[4]

---

1) Ein Gewerkschaftler, der den Werkverein der MAN so bezeichnet hatte, wurde vom Vorwurf der Beleidigung freigesprochen, weil er den Wahrheitsbeweis erbracht hatte; Kurth, Gewerkschaften, S.70.

2) z.B. A.Weber, Kapital und Arbeit, S. 191; s.a. Herschel, JZ 65, 81.

3) Braun-Müller, Gewerkschaften, S.411.

4) s.a. Ramm, RdA 68, 412 (414).

Der gleiche scharfe Gegensatz zwischen wirtschaftsfriedlichen Verbänden und Gewerkschaften zeigte sich in der Weimarer Republik, auch wenn die Verhältnisse dort etwas anders lagen.

Bei den wirtschaftsfriedlichen Zusammenschlüssen der Weimarer Republik handelte es sich vornehmlich um die im "Nationalverband Deutscher Gewerkschaften" zusammengeschlossenen Verbände und Vereine.[1] Der Anlaß zu ihrer Gründung kam nicht von den Arbeitgebern, sondern von politischer Seite; sie waren national und konservativ eingestellt und standen in klarer Frontstellung zur Sozialdemokratie und den ihr nahestehenden freien Gewerkschaften. Mit der Ablehnung des von diesen propagierten Klassenkampfes verwarfen sie auch weitgehend den Arbeitskampf.[2]

Ungeachtet der Tatsache, daß politische und weltanschauliche Meinungsverschiedenheiten den Grund für den Gegensatz bildeten und die negative Einstellung zum Arbeitskampf dafür nur ein Symptom war, bleibt festzuhalten, daß ein offensichtlicher Grund für den Gegensatz zwischen diesen Verbänden und den Gewerkschaften deren Bekenntnis zum Arbeitskampf war.

---

1) Sie waren teils auf Betriebs-, teils auf Ortsebene organisiert und, anders als die Werkvereine des Kaiserreiches, durchaus vom Arbeitgeber abhängig.

2) Vorwerck, Wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerbewegung, S.66 ff.

cc) Dieser Gegensatz zwischen Gewerkschaften und wirtschaftsfriedlichen Verbänden entsprach dem Selbstverständnis der Gewerkschaften und der Rolle, die sie selbst dem Arbeitskampf beimaßen.[1)]

Die Gewerkschaften verstanden sich als Selbsthilfeorganisation der Arbeitnehmer, deren Ziel es sein mußte, die Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten und ihnen eine ausreichende und gesicherte, das heißt nicht zuletzt von der Willkür des Arbeitgebers unabhängige Lebensgrundlage zu verschaffen.

Eines der dazu geeigneten und erforderlichen Mittel war für sie von Anfang an der Arbeitskampf. Denn nur der K a m p f um diese Ziele schien Erfolg zu versprechen, zu seiner Durchführung waren sie gegründet worden. Einer friedlichen Verständigung gaben sie nach den gemachten Erfahrungen keine Chance.

Diese für die Gewerkschaften entscheidende Rolle des Arbeitskampfes kam auch in der Vereinbarung[2)] zum Ausdruck, die die Spitzenverbände der drei Gewerkschaftsrichtungen

---

1) Auf die Bedeutung des Selbstverständnisses weist insbesondere Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.109 hin; auch BAGE 12, 184 (191) berücksichtigt das Selbstverständnis der Gewerkschaften, wenn es mitentscheidend sein läßt, ob die anderen Gewerkschaften einen Arbeitnehmerverband als Gewerkschaft anerkennen.

2) Es handelt sich um die "Vereinbarung über Zusammensetzung, Leitung, Zweck und Mittel der Vereinigungen, die als Gewerkschaften gelten wollen"; abgedruckt bei Flatow-Kahn-Freund, BRG, § 8, 5 S.74 f.

im Zusammenhang mit dem Abkommen der Zentralarbeitsgemeinschaft vom 18.11.1918[1] trafen und die für das Selbstverständnis der Gewerkschaften als Kampfverbände von großer Wichtigkeit ist.

Nach gemeinsamer Überzeugung der Gewerkschaften gehörte es danach zu ihrem Wesen, daß sie die Arbeitseinstellung (Streik) als Mittel zur Erreichung ihrer Ziele betrachteten, wenn die Verhandlungen mit den Arbeitgebern zu keinem annehmbaren Ergebnis geführt hatten.[2]

Die "Monopolstellung" von Kampfverbänden für die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen, die hier die Gewerkschaften beanspruchten, ließ sich nicht allein mit den unguten Erfahrungen, die die Gewerkschaften mit den wirtschaftsfriedlichen Werkvereinen gemacht hatten, erklären. Sie beruhte zu einem großen Teil auf der wesentlichen Bedeutung, die die Gewerkschaften dem Arbeitskampf für ihr Wirken zuschrieben.

Die Gewerkschaften bekämpften und bekämpfen letztlich in dem wirtschaftsfriedlichen Gedanken eine ihrer Ansicht nach falsche Kon-

---

1) In diesem Abkommen der Zentralarbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erkannten die Arbeitgeber die Gewerkschaften als die berufenen Vertreter der Arbeitnehmer an und versprachen, die wirtschaftsfriedlichen Werkvereine des Kaiserreiches sich selbst zu überlassen. Die genannte Vereinbarung diente der Abgrenzung der so "anerkannten" Gewerkschaften.

2) s.a. Sinzheimer, Arbeitsrecht, S.85; Herschel, JZ 65, 81 (84).

zeption für die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Im Rahmen der kapitalistischen Wirtschaftsverfassung sei, so meinen sie, die Arbeit, ungeachtet gewisser Besonderheiten, eine Ware, deren Preis sich nach marktwirtschaftlichen Gesetzen richte. Bei der Aushandlung der Arbeitsbedingungen sei der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer überlegen. Es sei ihre Aufgabe, dieses Mißverhältnis auszugleichen und dem Arbeitnehmer für seine Arbeitskraft einen angemessenen Preis zu verschaffen.

Angesichts der großen Bedeutung dieser Fragen gehe das nicht ohne Druck und Kampf. Eine Vereinigung, die allein und rückhaltlos die Interessen der Arbeitnehmer vertreten wolle, müsse deswegen bereit sein, notfalls zur Durchsetzung ihrer Forderungen auch einen Arbeitskampf zu führen; verzichte sie auf dieses Mittel, so fehle ihr jede Möglichkeit, auf den Arbeitgeber Druck auszuüben und diesen zu Zugeständnissen zu veranlassen.[1)]

d) Aus dem Vorhergehenden ergibt sich, daß es im Laufe der Entwicklung zwar einige, kleinere Arbeitnehmerverbände gegeben hat, die sich als Gewerkschaften bezeichneten, ohne sich zum Arbeitskampf zu bekennen. Deswegen mag es nicht schon begrifflich unmöglich

---

1) Gester, Quelle 62, 437; Hoffmann, GMH 64, 73; s.a. DGB in der Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde der Hausgehilfinnen in BVerfGE 18, 18 (23).

sein, unter Gewerkschaften auch wirtschaftsfriedliche Verbände zu verstehen. Diese "gelben" Gewerkschaften standen jedoch immer im Schatten der "echten" Gewerkschaften, deren Struktur und Gepräge deswegen für den Gewerkschaftsbegriff richtungsweisend gewesen und geblieben sind.

Die Bereitschaft, zur Durchsetzung ihrer Forderungen einen Arbeitskampf zu führen, war für die Gewerkschaften selbst und ihr Verhältnis zu den anderen Arbeitnehmerverbänden immer von ausschlaggebender Bedeutung. Mit dem Begriff "Gewerkschaft" verband sich deswegen die Vorstellung, daß es sich dabei um Arbeitnehmerverbände handelte, die im Arbeitskampf ein wichtiges Mittel zur Durchsetzung ihrer Ziele sahen und sich dadurch von anderen Arbeitnehmervereinigungen mit gleicher Zielrichtung wesentlich unterschieden.

Wenn in § 2 I TVG die Tariffähigkeit (nur) den Gewerkschaften zuerkannt wurde, so mußte das unabhängig von einer bewußten Vorstellung des Gesetzgebers in dieser Richtung zur Folge haben, daß lediglich die Arbeitnehmerverbände tariffähig sein sollten, bei denen die Streikbereitschaft ebenso gegeben war wie bei den Gewerkschaften im Laufe ihrer Entwicklung bis zum Jahre 1948. Daraus ergibt sich, daß die Streikbereitschaft mit dem Erlaß des TVG zu einer Voraussetzung der Tariffähigkeit wurde.[1)]

1) So auch BAGE 4,351(352); 12,184(192); LAG Berlin AP 1952 Nr.122; ArbG Stade, BB 52,235; Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.109; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2,39; Reuss, AuR 64,279; ders., RdA 64,362(364); Herschel, JZ 65,81(85); Kunze, BB 64,1311(1314); Schelp, AuR 54,70(74); Galperin-Siebert, BetrVG, §2,5; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.53/54. AA, aber weitgehend ohne Begründung: Kett-

(s.nächste Seite)

4. Die Entwicklung seit Erlaß des TVG

Es fragt sich nunmehr, ob sich daran nicht etwas wegen der seither erfolgten sozialen Entwicklung geändert hat.

a) Der Gedanke der Partnerschaft

Das könnte sich dann ergeben, wenn heute, 20 Jahre nach Erlaß des TVG, unter Gewerkschaften nicht mehr ohne weiteres ein Arbeitnehmerverband verstanden werden müßte, der sich zum Arbeitskampf bekennt.

Diese Ansicht vertritt vor allem Neumann-Duesberg.[1] Er räumt zwar ein, daß die Gewerkschaften auf dem Boden des Arbeitskampfes entstanden seien, macht dann aber geltend, daß sich seit der Gründung der Gewerkschaften vor 100 Jahren die Arbeits- und Sozialordnung grundlegend gewandelt habe. Der Gegensatz von Kapital und Arbeit habe sich geändert, der Gedanke der Partnerschaft und die Überwindung des Fehdegedankens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhebliche Fortschritte gemacht.

Diese Entwicklung des Arbeits- und Sozial-lebens mache eine Revision des überkommenen Gewerkschaftsbegriffes erforderlich. Auch im Hinblick auf das weitere Vordringen des Partnerschaftsgedankens sei es unumgänglich, die in der Gründungszeit der Gewerkschaften gerechtfertigte Arbeitskampfbereitschaft nicht

---

1) Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr.13 zu § 2 TVG; ders. BlStSozVArbR 62, 268.

---

weiter zu S.43 FN 1:
ner, ArbGeb 64,256; Maus, TVG, § 2,76; Neumann-Duesberg, JR 54,441(443).
unentschieden: Dersch-Volkmar, ArbGG, § 10 Anm. 5 b kk S.303; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, BetrVG, § 2 Anm. 4.

mehr als eine Voraussetzung des Gewerkschaftsbegriffes anzusehen.[1)]

Bevor auf die inhaltliche Richtigkeit dieses Argumentes eingegangen werden kann, wäre zunächst zu prüfen, ob eine solche Änderung der gewerkschaftlichen Einstellung zum Streik überhaupt im Rahmen des § 2 I TVG berücksichtigt werden dürfte.

Wenn der Gesetzgeber im Jahre 1948 auf die bestehenden, historischen Gewerkschaften verwiesen hat, so hat das zur Folge, daß grundsätzlich von den Eigenschaften dieser Verbände, sowie sie zu dem damaligen Zeitpunkt vorhanden waren, ausgegangen werden muß. Nur sie konnte der Gesetzgeber beurteilen und ausdrücklich oder konkludent in seinen gesetzgeberischen Willen aufnehmen.

Versucht man nun, auch die dem Erlaß des TVG nachfolgende Entwicklung und Tendenzen der Gewerkschaftsbewegung zu berücksichtigen, so würde man bei der Auslegung des Gewerkschaftsbegriffs nicht auf den damaligen, sondern seinen jeweiligen Gehalt abstellen; Gewerkschaft im Sinne des § 2 I TVG wäre dann das, was zu dem betreffenden Zeitpunkt unter einer "Gewerkschaft" verstanden würde.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Bindung an die gesetzgeberische Entscheidung ein solches Vorgehen verbietet oder aber die Berücksichtigung späterer Entwicklungen aus

---

1) Ebenso Grabendorf, ZBR 57, 60; in dieser Richtung auch Reichel, RdA 63, 300 (303); 65, 9 (13).

Gründen der ständigen Anpassung des TVG an die soziale Entwicklung möglich oder gar dringend erforderlich ist.

Selbst wenn man davon ausgehen würde, bei der Auslegung des Gewerkschaftsbegriffs sei die Entwicklung bis heute zu berücksichtigen[1], so würde sich hier kein anderes Ergebnis herausstellen.

So begrüßenswert der Gedanke der Partnerschaft und die Überwindung des Fehdegedankens sind, ihr Einfluß hat bis heute noch keine der historisch gewachsenen Gewerkschaften veranlassen können, auch nur ansatzweise auf das Mittel des Arbeitskampfes endgültig zu verzichten und sich auf den Weg der friedlichen Verständigung zu beschränken. Die Gewerkschaften gelten vielmehr nach wie vor als Kampfverbände.[2]

---

1) Dafür ausdrücklich im Hinblick auf die Streikbereitschaft Herschel, JZ 65, 81 (85); BAGE 12, 184 (192). Allgemein dazu, daß der Gewerkschaftsbegriff nicht statisch, sondern dynamischer Natur ist und auch seine gesetzliche Verwendung und Auslegung dem Rechnung tragen muß: Schnorr, RdA 53, 377 (378); Nipperdey, Festschrift für Möhring, S.87 (99).

2) So auch das sozialwissenschaftliche Schrifttum der Neuzeit, insbesondere Heyde, HWB Sozialwissenschaften, "Arbeitskampf" (zu 3); Briefs, HWB Staatswissenschaften, "Gewerkschaftswesen und Gewerkschaftspolitik" (zu 6a); von Nell-Breuning, Staatslexikon, "Koalitionsfreiheit" (zu 4).

Ob die Gewerkschaften vielleicht in der Zukunft auf den Arbeitskampf verzichten werden oder wegen des Gedankens der Partnerschaft schon jetzt auf den Arbeitskampf verzichten sollten[1], kann dagegen nicht berücksichtigt werden, wenn es um das gegenwärtige Erscheinungsbild der Gewerkschaften geht.[2]

b) Die Beamten- und Ärztegewerkschaften

Zum Beweis dafür, daß es heute auch Gewerkschaften gebe, die den Streik ablehnten, wird auch auf die Zusammenschlüsse der Beamten und Ärzte verwiesen.

Die Beamtenverbände[3] lehnen den Arbeitskampf ab, weil die Treuepflicht ihrer Mitglieder zu ihrem Dienstherrn einem Arbeitskampf im Wege steht[4]; ebenso ablehnend stehen die Ärzteverbände dem Arbeitskampf gegenüber, weil ein Arbeitskampf ihrer An-

---

1) So Bulla, AR-Blattei, D Tarifvertrag II, Anm. zu Entsch. 3; Gamillschegg, Differenzierung, S.30.

2) BAGE 12, 184 (192); Herschel, JZ 65, 81 (85).

3) Das gilt ebenso für die Verbände, die Arbeiter, Angestellte und Beamte organisieren, wie z.B. die ÖTV, im Hinblick auf ihre "Abteilung Beamte"; Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4, S.111.

4) Fischbach, BBG, § 91 Anm. II 2.

sicht nach mit der berufsethischen Auffassung des ärztlichen Berufes unvereinbar ist.[1]

Wegen dieser wirtschaftsfriedlichen Einstellung hat man zwar zunächst vereinzelt den Gewerkschaftscharakter dieser Verbände verneint.[2] Das wurde jedoch bald anders, und heute werden die Beamten- und Ärzteverbände allgemein als Gewerkschaften angesehen; selbst der Gesetzgeber spricht von Beamten-"Gewerkschaften"[3].

Nikisch[4] und andere[5] wollen nun daraus, daß diese unzweifelhaft wirtschaftsfriedlichen Vereinigungen als Gewerkschaften bezeichnet und behandelt werden, den Schluß ziehen, daß alle wirtschaftsfriedlichen Verbände als Gewerkschaften anzusehen seien.

Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. Dagegen spricht, daß damit der alte, auch heute noch lebendige Gegensatz zwischen gewerk-

---

1) Dazu, daß dahinter weitgehend eine Rechtspflicht steht, weil ein Streik von Ärzten eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung darstellt, Reuss, RdA 64, 362 (367); Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2, 41.

2) z.B. LAG Berlin in AP 1952 Nr.122.

3) § 91 BBG; § 2 PersVG.

4) Nikisch II, § 70 III 6 b; ders. SAE 62, 60.

5) Dietz, Grundrechte III/1 S.417 (442); ders. BetrVG, § 2, 8a; Brand, RiA 62, 85; Schöttler, RiA 62, 247 f.; Grabendorf, ZBR 57, 60.

schaftlicher und wirtschaftsfriedlicher Bewegung[1] allgemein überspielt und in keiner Hinsicht berücksichtigt wird, daß hier ein Sonderfall vorliegt.

Das Besondere liegt darin, daß sich die wirtschaftsfriedliche Einstellung der Beamten und Ärzte in ihrem Ausgangspunkt entscheidend von der Haltung der "klassischen" wirtschaftsfriedlichen Verbände unterscheidet. Der Verzicht auf den Arbeitskampf ist bei jenen Verbänden nicht freiwillig, sondern gesetzlicher oder berufsethischer Natur; demgegenüber lehnen die "gelben" Gewerkschaften den Arbeitskampf aus freien Stücken ab.[2]

Wegen des unfreiwilligen Charakters ihres Verzichtes auf den Arbeitskampf stehen die Beamten- und Ärzteverbände trotz ihrer wirtschaftsfriedlichen Einstellung den kampfbereiten Gewerkschaften wesentlich näher als den klassischen wirtschaftsfriedlichen Verbänden. Sie haben mit den anderen Gewerkschaften gemein, daß sie sich mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln für die Interessen ihrer Mitglieder einsetzen; d a r i n unterscheiden sich beide grundlegend von den wirtschaftsfriedlichen Verbänden.

---

1) Auch heute noch treten die Gewerkschaften jeder wirtschaftsfriedlichen Vereinigung mit allen Mitteln entgegen; insbesondere wollen sie deren Tarifverträge nicht anerkennen, z.B. BAGE 12, 184 ff.

2) Auf diesen Unterschied hat als erster Schnorr, RdA 53, 377, hingewiesen; insoweit zustimmend Nipperdey, RdA 53, 379.

Wegen dieses Umstandes werden die Beamten- und Ärzteverbände allgemein, insbesondere aber auch von den anderen Gewerkschaften, trotz ihrer wirtschaftsfriedlichen Einstellung als echte Gewerkschaften angesehen.[1] Eben er verhindert aber auch, aus der Behandlung der Beamten- und Ärzteverbände als Gewerkschaften zu folgern, daß alle freiwillig wirtschaftsfriedlichen Verbände heute als Gewerkschaften anzusehen sind.

Im Laufe der Zeit hat sich mit dem Gewerkschaftsbegriff die Vorstellung, daß sie mit allen Mitteln, auch denen des Arbeitskampfes, für die Interessen ihrer Mitglieder eintreten, so eng verbunden, daß es besonderer Umstände bedarf, um den Verzicht auf den Arbeitskampf als für den Gewerkschaftscharakter unschädlich erscheinen zu lassen. Diesem auch heute noch bestehenden Begriffskern gilt es, Rechnung zu tragen; es geht nicht an, zugunsten der Erfassung aller Ausnahmen die festen Konturen des Gewerkschaftsbegriffes aufzulösen und zu verwischen.[2]

Es kann deswegen nicht davon gesprochen werden, daß die Gewerkschaften heute nicht mehr generell kampfbereite Arbeitnehmerverbände sind und deswegen mit Gewerkschaften im Sinne des § 2 I TVG nicht unbedingt streikbereite Verbände gemeint sein müßten, sieht man von den Ausnahmen bei Beamten und Ärzten ab.

---

1) Konstruktiv wird zu diesem Zweck eine formelle Ausnahme von Erfordernis der Arbeitskampfbereitschaft aufgestellt, so Nipperdey, RdA 53, 379; BAGE 4, 351 (352); Schelp, AuR 54, 70 (74).

2) s.a. BAGE 12, 184 (191); Schnorr, RdA 53, 377; Schön, Arbeitskampfbereitschaft, S.27.

c) Ergebnis

Selbst wenn man also für die Auslegung des Gewerkschaftsbegriffs auch die Entwicklung nach Erlaß des TVG heranzieht, bleibt es dabei, daß mit Gewerkschaften nur solche Arbeitnehmerverbände gemeint sein können, die dem Streik eine wesentliche Bedeutung für ihre Tätigkeit beimessen.

Damit steht fest, daß nach § 2 I TVG auch heute die Streikbereitschaft eine der Voraussetzungen der Tariffähigkeit ist.

§ 3 Tariffähigkeit und Streikbereitschaft nach dem Grundgesetz

Die Beschränkung der Tariffähigkeit auf kampfbereite Arbeitnehmerverbände muß mit dem Grundgesetz vereinbar sein. Ist das nicht der Fall und ist § 2 I TVG in diesem Fall auch nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung auf wirtschaftsfriedliche Verbände zu erstrecken, so ist diese Regelung verfassungswidrig und damit unwirksam.

Als verfassungsrechtliche Bestimmung, an der die Regelung des § 2 I TVG zu messen ist, bietet sich Art.9 III GG an. Denn das dort gewährleistete Recht zum Zusammenschluß steht für die Arbeitnehmer in engem Zusammenhang mit der Möglichkeit zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen[1]; durch den Zusammenschluß versuchen sie, ihre soziale und wirtschaftliche Schwäche gegenüber den Arbeitgebern auszugleichen, und die Gesamtvereinbarungen sind für ihre Zusammenschlüsse das Mittel, mit dem sie die Erfolge aus Verhandlungen und Kämpfen mit den Arbeitgebern in die recht-

1) Unter Gesamtvereinbarungen werden hier und im folgenden alle Vereinbarungen von Arbeitnehmerverbänden mit Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verstanden. Ihre Wirkungen haben sich allerdings im Laufe der Zeit geändert. Tarifverträge nach der TVVO und dem TVG haben unmittelbare und zwingende Wirkungen für die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse; bis zum Erlaß der TVVO verpflichteten sie dagegen nur die abschließenden Verbände, auf ihre Mitglieder entsprechend einzuwirken; s.dazu auch Schnorr, JR 66, 327 (329).

liche Wirksamkeit umzusetzen versuchen.[1)]

Geht man von Art.9 III GG aus, so stellt sich zunächst die Frage, ob den auf seiner Grundlage gebildeten Koalitionen die Tariffähigkeit garantiert ist oder ob sie zumindest bei der Regelung der Tariffähigkeit zu berücksichtigen sind.[2)] Sollte die Antwort negativ sein, so könnte die Regelung des § 2 I TVG nicht gegen Art. 9 III GG verstoßen.

Wäre das Ergebnis positiv, so wäre zu prüfen, ob zu den Koalitionen im Sinne des Art. 9 III GG nur kampfbereite Arbeitnehmerverbände gehören; denn wenn die wirtschaftsfriedlichen Verbände nicht unter Art. 9 III GG fallen, dann kann in ihrem Ausschluß von der Tariffähigkeit keine Verletzung des Art. 9 III GG liegen. Diese Frage hat sich

---

1) Als einziger lehnt Ramm, Kampfmaßnahme, S.1o3; Arbeitskampf, S.179; JuS 66, 223 (228) den Art. 9 III GG als Ausgangspunkt ab. Seiner Meinung nach ist das Tarifrecht nur durch und nach Maßgabe der Sozialstaatsklausel (Art.2o I GG) geschützt.

2) Nipperdey stellte früher (Hueck-Nipperdey II, 6.Aufl., § 6 III 3 S.75; ihm insoweit folgend Stinglwagner, Tariffähigkeit, S.48) die umgekehrte Frage, ob die Tariffähigkeit eine Voraussetzung des Koalitionsbegriffs sei, und bejahte sie. Bei diesem Ausgangspunkt wäre die hier aufgeworfene Frage sinnlos. Er hat diese Ansicht aber jetzt (Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 5o S.1o5) aufgegeben, nachdem Nikisch II, § 57 II 1 S.5 dargelegt hat, daß es sich dabei um eine Verwechslung von Ursache und Wirkung handelt.

durch die bisherigen Erörterungen zu § 2 I TVG noch nicht erübrigt, weil Art. 9 III GG allgemein von "Vereinigungen" (scil.: von Arbeitnehmern) spricht und damit - anders als mit "Gewerkschaften" - auch wirtschaftsfriedliche Verbände gemeint sein können.

Sollte Art. 9 III GG anders als § 2 I TVG nicht nur kampfbereite Koalitionen umfassen, so käme es schließlich darauf an, ob der Gesetzgeber befugt war, trotz dieser verfassungsrechtlichen Garantie den wirtschaftsfriedlichen Verbänden die Tariffähigkeit vorzuenthalten.

I. Die Garantie der Tariffähigkeit für die Koalitionen im Sinne des Art. 9 III GG

Zunächst ist also zu untersuchen, ob und in welchem Maße Art. 9 III GG den Koalitionen die Tariffähigkeit gewährleistet .

1. Der Schutz der Koalition nach Art. 9 III GG

Darüber kann Art. 9 III GG nur dann eine Aussage machen, wenn diese Bestimmung überhaupt die Rechtsstellung der Koalitionen - und nicht nur das Grundrecht des einzelnen - regeln will.

a) Der Wortlaut des Art. 9 III GG

Geht man vom Wortlaut des Art. 9 III GG aus, so ergibt sich daraus zunächst nur das Recht der einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sich zusammenzuschließen.[1)]

Daß sich schon aus dem Wortlaut des Art. 9 III GG die Garantie der Koalitionen selbst ergebe, wird bislang nur von Nipperdey vertreten.[2)]

---

1) Über den Rechtscharakter dieses Grundrechts herrscht Streit. Man ist sich nicht einig darüber, ob die Koalitionsfreiheit einen Spezial-, Sonder- oder Unterfall der allgemeinen Vereinsfreiheit nach Art. 9 I GG,

so z.B. von Mangoldt, Grundgesetz Art.9 Anm.2; von Mangoldt-Klein, Grundgesetz Art. 9 Anm.5 1; Meissinger, AuR 54, 65; Nikisch II, § 58 II 2 S.21; Bonner Kommentar, 1.Aufl. Bem. II 3 vor Art.9 (Wernicke); heute auch Hueck-Nipperdey II/1, § 5 V 2 S.77 f.,

oder ein Grundrecht eigener Art darstellt,

so z.B. Schnorr, RdA 55, 3 (4); Dietz, Grundrechte III/1, S.417 (419); Galperin, AuR 65, 1; Bogs, AR-Blattei, Vereinigungsfreiheit B I 1; früher auch Hueck-Nipperdey II, 6.Aufl., § 5 V 2 S.54 f.

Dieser Streit ist für den Inhalt des Art. 9 III GG nicht von Bedeutung. Anders ist es nur, wenn man der Meinung ist, mit der Koalitionsfreiheit werde zugleich "eine bestimmte Ordnung wirtschaftlich-sozialer Integration konstituiert" (so z.B. Huber II, S. 381; Rüthers, Streik, S.31 ff.; Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.36 ff.); dann muß man darin ein Grundrecht eigener Art sehen, dessen Struktur von dem der anderen Grundrechte abweicht.

2) Hueck-Nipperdey II/1, § 9 I 1 S.134.

Nipperdey will die Garantie der Koalitionsfreiheit "für alle Berufe" als Garantie der beruflich zusammengeschlossenen Personenmehrheiten ansehen, als Garantie der Berufsverbände und damit der Koalitionen selbst.

Bei dieser Auslegung überspannt Nipperdey den Wortlaut des Art. 9 III GG; diese Wendung kann und soll nur dahin verstanden werden, daß die Koalitionsfreiheit für die Angehörigen aller Berufssparten gelten soll. Zugunsten der Koalitionen selbst läßt sich daraus nichts herleiten.[1)]

Andererseits geht es aber auch zu weit, wenn Wernicke[2)] unter Hinweis auf den "klaren Wortlaut" eine Ausdehnung des Art. 9 III GG auf den Schutz der Koalitionen selbst für unmöglich hält.[3)]

Sicherlich sagt der Wortlaut des Art. 9 III GG zugunsten der Rechte und Pflichten der Koalitionen nichts aus. Damit allein läßt sich aber die Beschränkung dieser Bestimmung auf das Individualgrundrecht nicht begründen; gerade in einer solchen Situation zeigt sich die Notwendigkeit einer Auslegung. Daß der Wortlaut darüber

---

1) Richardi, Kollektivgewalt, S.77.

2) Bonner Kommentar, 1.Aufl., Art. 9 III Anm. II 3 d.

3) Nach Wernickes Ansicht richtet sich die Rechtsstellung der Koalitionen über Art. 19 III GG nach Art.2 I GG ; damit stände den Koaltionen ein Bestands- und Betätigungsrecht im Rahmen der in Art. 2 I GG aufgeführten Schranken zu.

hinaus aber eindeutig sein und jede Ausdehnung auf die Koalitionen ausschließen soll, ist nicht zu akzeptieren.[1)]

Der Wortlaut des Art. 9 III GG gibt also für die Rechtsstellung der Koalitionen nichts her; er schließt eine Ausdehnung auf die Koalitionen aber auch nicht aus.

b) Die Entstehungsgeschichte des Koalitionsrechts

Aus dem mit Art. 159 WRV fast identischen Wortlaut und aus der Entstehungsgeschichte[2)] des Art. 9 III GG ergibt sich, daß der Verfassungsgeber mit dieser Bestimmung an die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in Art. 159 WRV anknüpfen wollte.[3)] Bei der Auslegung des Art. 9 III GG kann deswegen die verfassungsrechtliche Lage der Koalitionen unter der Weimarer Reichsverfassung nicht unberücksichtigt bleiben.

In der Weimarer Republik brauchte man bei der Frage, ob die Koalitionen verfassungsrechtlich geschützt waren, allerdings nicht unbedingt von der Garantie der Koalitionsfreiheit in Art. 159 WRV auszugehen. Mit der

---

1) In der 2.Aufl. des Bonner Kommentars kommt der neue Bearbeiter von Münch zu Recht darauf nicht mehr zurück, Art. 9 Rdr. 114.

2) JbÖffR Bd.1 S.117 f.; dazu auch Nikisch, JZ 55, 205.

3) s.a. Hueck-Nipperdey II/1, § 7 III S.118 f.; Nikisch II, § 58 I S.18 f.

Stellung der Koalitionen beschäftigte sich nämlich speziell Art. 165 WRV. Diese Vorschrift gehörte zu den wirtschaftsorganisatorischen Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung und bestimmte, daß die Arbeitnehmer dazu berufen seien, gleichberechtigt mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen mitzuwirken; die beiderseitigen Organisationen wurden in diesem Zusammenhang ausdrücklich "anerkannt".[1)]

Angesichts dieser ausdrücklichen "Anerkennung" durch den Verfassungsgeber war in der Weimarer Republik der verfassungsrechtliche Schutz der Koalitionen selbstverständlich.

Zur Begründung wurde entweder, wenn auch nur vereinzelt[2)], lediglich auf Art. 165 I 2 WRV verwiesen oder aber, so überwiegend[3)], vertreten, daß Art. 159 WRV in seinem Zusammenhang mit Art. 165 WRV zugunsten der Koalitionen ausgelegt werden müsse.

---

1) Zur Bedeutung dieser Anerkennung Huber II, S.381.

2) Tatarin-Tarnheyden, Grundrechte und Grundpflichten III, S.519 (534 ff.) meinte, ein Schutz der Koalition aus Art. 159 WRV sei angesichts des Art. 165 WRV entbehrlich.

3) RGZ 111, 199 ff.; ihm zustimmend Sinzheimer, JW 27, 256; Hueck-Nipperdey II, 3.-5.Aufl., § 5o I 3 S.514 ff.; Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten III, S. 385 (431): " ... läßt sich Art. 159 WRV in seinem Zusammenhang mit Art. 165 WRV zugunsten der Koalition auslegen.

Wollte das Grundgesetz mit Art. 9 III GG auch unmittelbar an die koalitionsrechtliche Entwicklung in der Weimarer Republik, insbesondere auch an Art. 159 WRV anknüpfen, so ergeben sich gegenüber der Weimarer Reichsverfassung doch gewisse Unterschiede im Ansatz.

Das Grundgesetz enthält keinen Abschnitt über das Wirtschaftsleben; eine wirtschaftsorganisatorische Norm wie der Art. 165 WRV fehlt völlig. Dementsprechend findet sich heute die in Art. 159 WRV von der allgemeinen Vereinsfreiheit des Art. 124 WRV deutlich geschiedene, als soziales Grundrecht gewährleistete Koalitionsfreiheit in Art. 9 III GG zumindest äußerlich als ein Unterfall der allgemeinen Vereinsfreiheit.

Der Verfassungsgeber des Grundgesetzes hat bewußt darauf verzichtet, eine allgemeine Arbeits- und Wirtschaftsverfassung, etwa nach dem Vorbild der Weimarer Reichsverfassung, zu statuieren.[1] Er wollte angesichts der damaligen Zeitumstände nur ein vorläufiges Staatsgebilde schaffen[2] und beschränkte sich deswegen auf den Aufbau des Staates und die Gewährleistung der Grundrechte; die Regelung der Sozialordnung sollte der Zukunft überlassen bleiben.

---

1) JbÖffR Bd.1 S.43 f.; s.a. von Mangoldt, Grundgesetz, Art. 12 Anm.3; ders. AöR 75, 275; Ballerstedt, Grundrechte III/1, S.1 (49); Weber, Der Staat, 1965, 413; Benda, Industrielle Herrschaft, S. 50.

2) Die Präambel des Grundgesetzes spricht von einer "neuen Ordnung für eine Übergangszeit".

Das wurde gerade bei der Fassung des Art. 9 III GG deutlich, als nämlich der Antrag gestellt wurde, die Vereinsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit in zwei getrennten Artikeln niederzulegen. Gegen diese Aufteilung des jetzigen Art. 9 GG in zwei selbständige Bestimmungen wandten sich die Abgeordneten von Mangoldt und Heuß mit dem Hinweis, der Grundrechtskatalog solle in erster Linie den Menschen- und Freiheitsrechten gewidmet sein, eine selbständige Behandlung der Koalitionsfreiheit weise dagegen zu sehr in die Richtung der Sozialordnung.[1)]

Deswegen läßt sich heute nicht mehr einfach feststellen, die in Art. 165 WRV ausgesprochene allgemeine Anerkennung der Koalitionen sei noch unverändert gültig und Art. 9 III GG müsse im Zusammenhang damit auf die Koalitionen ausgedehnt werden.[2)] Angesichts des bewußten Verzichts auf eine Wirtschaftsverfassung, in deren Rahmen und als deren Teile die Koalitionen nicht mehr geschützt sein können, erscheint es vielmehr notwendig, bei der Frage nach dem verfassungsrechtlichen Schutz der Koalitionen von dem in Art. 9 III GG garantierten individuellen Grundrecht der Koalitionsfreiheit auszugehen.[3)] Selbstverständlich ist dabei zu berücksichtigen, daß der Verfassungsgeber an die frühere Entwicklung anknüpfen wollte und die Auslegung des Art. 9 III GG diesem Willen nicht widersprechen darf.

---

1) Dazu JbÖffR Bd.1 S.119; s.a. Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.37 FN 20.

2) So aber Hueck-Nipperdey II/1, § 9 II, S.138; Huber II, S. 377.

3) So deutlich z.B. Dietz, Grundrechte III/1, S. 417 (459).

c) Sinn und Zweck des Koalitionsrechts

Geht man von Sinn und Zweck des Grundrechts der Koalitionsfreiheit aus, so zeigt sich, daß dieses nicht darauf beschränkt werden kann, allein die freie Entschließung des einzelnen in dieser Richtung zu gewährleisten und Maßnahmen des Staates oder Arbeitgebers wegen des Beitritts zu einer Koalition zu verhindern; das ist nur eine Seite des Vereinigungsrechts.

Geschützt ist auch das Recht auf Zusammenschluß. Seinem Zweck und Wesen nach muß das Koalitionsrecht des einzelnen deswegen auch die positive Befugnis umfassen, Verbände zu bilden und zu unterhalten, die in der Lage sind, ungehindert die mit dem Zusammenschluß verfolgten Zwecke anzustreben und die dazu geeigneten Maßnahmen zu treffen. Anderenfalls wäre die Vereinigungsfreiheit "in Wahrheit unvollkommen und ein Schattenbild".[1] Denn es ist nicht zu leugnen, daß die Koalitionsfreiheit des einzelnen erst dann wirksam geschützt ist, wenn auch das Ergebnis der Betätigung dieses Grundrechts, die

---

1) So schon RGZ 111,199.

Koalition, in den Schutz des Art. 9 III GG einbezogen ist[1], und zum andern ist gerade die Möglichkeit der kollektiven Interessenvertretung in der sozialen Auseinandersetzung die eigentliche Funktion, um derentwillen die besondere Garantie des Art. 9 III GG gewährt wird und gerechtfertigt ist.[2]

Bei der Ausdehnung des Art. 9 III GG auf die Koalitionen selbst bleiben auch die historischen Bezüge des Koalitionsrechts, wie sie der Verfassungsgeber gesehen und gewollt hat, gewahrt. Nachdem schon in der Weimarer Republik die von den Arbeitnehmern gebildeten Koalitionen verfassungsrechtlich anerkannt und geschützt wurden, kann unter dem Grundgesetz den Koalitionen dieser Schutz nicht vorenthalten werden. Das würde sonst eine Einschränkung des Koalitionsrechts gegen-

---

1) So insbesondere Schnorr, RdA 55, 4/5; ders.,Festschrift für Molitor, S.229 (232): "Es besteht eine Akzessorietät zwischen individueller Koalitionsfreiheit und verfassungsrechtlichem Koaltionsschutz"; Dietz, Grundrechte III/1, S. 417 (459); ders., Koalitionsfreiheit, S.95 (1o3): Das Recht der Koalition ist ein aus dem Grundrecht des einzelnen abgeleitetes Recht.
s.a. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 III Rdr. 98 FN 3 (S.47); Ramm, Willensbildung, S.3o; Brinkmann, Grundrechtskommentar, Art. 9 Anm. I 4 3; in dieser Richtung auch Nikisch II, § 61 III S.72 f.; Jürging-Kass, DB 67, 815 (816); Rüthers, Streik, S.36; Richardi, Kollektivgewalt, S.77.

2) Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.29 (52/53); Biedenkopf, Tarifautonomie, S.1o2/1o3; s.a. Meissinger, AuR 54, 65; Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 95 (1o3).

über der Weimarer Reichsverfassung bedeuten, die das Grundgesetz erkennbar nicht gewollt hat.[1)]

Damit steht fest, daß das Grundrecht der Koalitionsfreiheit auch zugunsten der Koalitionen selbst Anwendung findet.[2)]

---

1) BVerfGE 4, 96 (101, 106 f.) zieht die Sozialstaatsklausel des Art. 20 I GG heran; aus ihr ergebe sich ein Verbot des sozialen Rückschritts, das sonst verletzt würde; von Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 9 Anm. V 3 hält den Hinweis auf Art. 20 I GG für überflüssig; ebenso Nikisch II, § 61 III 1 S.74 und Benda, Industrielle Herrschaft, S. 81 FN 147. S.a. Ramm, Willensbildung, S.30; Galperin, AuR 65, 1.

2) Ebenso im Ergebnis BAGE 4, 22 (25); 6, 321 (358); BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG (Arbeitskampf); BAG NJW 67, 843 (884); Hueck-Nipperdey II/1, § 9 S.134 ff.; Huber II, S.381 ff.; von Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art.9 Anm.V 3 S.327; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 28; Weber, Festschrift für OLG Celle, S. 239 (242 ff.); ders., Verfassungsproblem, S.14; Giese-von Brunn, Wettbewerb, S.13.

2. Der Inhalt der Koalitionsgarantie nach Art. 9 III GG

Um festzustellen, ob Art. 9 III GG den Koalitionen auch das Recht gibt, Tarifverträge abzuschließen, ist nunmehr auf den Inhalt dieser Gewährleistung einzugehen.

a) Die Bestandsgarantie

Bemüht man sich näher um den Inhalt der Koalitionsgarantie, so ergibt sich zunächst, daß der Bestand der auf Grund der Koalitionsfreiheit gebildeten Verbände gegenüber Eingriffen und sonstigen Maßnahmen des Staates oder eines Arbeitgebers grundsätzlich geschützt sein muß. Die Koalitionsfreiheit des einzelnen wäre in der Tat unvollkommen, wenn zwar das Recht, sich zu Verbänden zusammenzuschließen, gewährleistet sein sollte, der Bestand der auf dieser Grundlage gebildeten Verbände dagegen in keiner Weise gegen Eingriffe geschützt wäre.[1)]

b) Die Betätigungsgarantie

Das Grundrecht des Art. 9 III GG betrifft aber nicht nur den Zusammenschluß als solchen, sondern den Zusammenschluß zu einem bestimmten Zweck, nämlich zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen. Daraus ergibt sich

---

1) Dieses Bestandrecht der Koalitionen umfaßt auch die innere Verbandsautonomie, also die Möglichkeit, die Koalition in einer bestimmten Weise zu organisieren etc., Weber, Verfassungsproblem, S. 12; ders., Festschrift für OLG Celle, S. 239 (246); Galperin, AuR 65, 1 (2).

notwendig, daß den Koalitionen auch die Befugnis zustehen muß, sich zur Erreichung dieser Ziele zu betätigen; es wäre inkonsequent, über Art. 9 III GG den Zusammenschluß zu den dort genannten Zwecken zu garantieren, die dem dienende Betätigung der Koalitionen aber nicht als geschützt anzusehen.[1)]

c) Die Gewährleistung der Tariffähigkeit

Zu dieser durch Art. 9 III GG geschützten Betätigung müßte der Abschluß von Tarifverträgen im Sinne des TVG, d.h. mit unmittelbarer und zwingender Wirkung, gehören.[2)]

---

1) So vor allem: BVerfGE 4,96 (106); 18,18 (26); 19,304 (312); BAG, NJW 67,843 (844); Schnorr, Festschrift für Molitor, S.229 (232); Dietz, Grundrechte III/1, S.417 (460 ff.); ders., Koalitionsfreiheit, S.95 (103); Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 III Rdr. 98; Hueck-Nipperdey II/1, § 9 II S.137 f.

Im Ergebnis so auch: Brox, BB 65,1321 (1322); Huber I, S.250; II, S.381; von Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 9 Anm. V 3; Hamann, Grundgesetz, Art. 9 Anm. B 7 a; Bogs, AR-Blattei, Vereinigungsfreiheit, I B 1 3 c; Ramm, Willensbildung, S.30.

2) Das gilt selbstverständlich nur für die Koalitionen, deren Mitglieder in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen stehen und deren Arbeitsverträge mit dem Instrument des Tarifvertrages geregelt werden können. Diesen sog. arbeitsrechtlichen Koalitionen (Reuss, Arbeitsrecht der Gegenwart I, S.144 (146,152)) stehen gegenüber die Verbände der Beamten, deren Dienstverhältnisse durch Gesetz und Verordnung geregelt werden.

Zu der von Art. 9 III GG geschützten Betätigung gehört sicherlich die "spezifisch koalitionsgemäße Betätigung" bzw. der Kernbereich koalitionsgemäßer Tätigkeit", wie sie sich im Laufe der Geschichte herausgebildet haben.[1] Ob man darüber hinaus ein allgemeines Betätigungsrecht der Koalitionen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen annehmen kann[2], mag dahinstehen, da beim Abschluß von Tarifverträgen der Kernbereich historischer Koalitionsaktivität betroffen ist.

Sieht man von einer gewissen Anfangszeit[3] ab, so bestand und besteht die Tätigkeit der Arbeitnehmerkoalitionen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder vor allem darin, durch Einwirkung auf den sozialen Gegenspieler, die Arbeitgeber, die Gestaltung der Lohn- und sonstigen Arbeitsbedingungen zugunsten ihrer Mitglieder zu beeinflussen. Zu diesem Zweck erstreben sie den Abschluß von Besamtverein-

---

1) So insbesondere die Rechtsprechung, BVerfGE 4,96 (101 f.); 17,319(333); 18,18 (28 ff.); 19,303 (314); BAG, NJW 67,843 (844); zust. Jürging - Kass, DB 67,815 (816 f.).

2) So vorwiegend die Literatur, z.B. Brox, BB 65,1321 (1322); Huber II, S.381; Galperin, Festschrift für Bogs, S.87(98); ders., AuR 65,1 (3); von-Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 9 Anm. V 3; Hamann, Grundgesetz, Art. 9 Anm. A 2, B 7; Söllner, Arbeitsrecht, § 9 III 2 b.

3) Die freien Gewerkschaften befürchteten zunächst, wegen des Abschlusses von Gesamtvereinbarungen den revolutionären Elan zu verlieren. Der Kongreß von 1899 brachte dann die Wendung. S. dazu noch Hueck-Nipperdey II/1, § 13 I 1 FN 2 S.213 f.

barungen mit den Arbeitgebern, in denen die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder festgelegt werden.[1)]

Fraglich könnte danach nur sein, ob den Koalitionen auch gewährleistet ist, zur Regelung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder Tarifverträge im Sinne des Tarifvertragsgesetzes, also mit unmittelbarer und zwingender Wirkung abzuschließen.

Betrachtet man die Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Koalitionen zunächst wieder unter dem Gesichtspunkt der geschichtlichen Entwicklung, so ergibt sich, daß die Gesamtvereinbarungen bis zum Jahre 1918, dem Erlaß der TVVO, die Arbeitsverhältnisse nicht unmittelbar beeinflußten; die kontrahierenden Koalitionen verpflichteten sich nur, dafür zu sorgen, daß die vereinbarten Arbeitsbedingungen zum Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwischen ihren Mitgliedern gemacht würden.[2)]

Erst der Erlaß der TVVO legte den Gesamtvereinbarungen der Koalitionen die unabdingbare Wirkung für die angeschlossenen Arbeitsverhältnisse bei (§ 1 TVVO); diese Rechtsfolge hat das Tarifvertragsgesetz dann dahin präzisiert, daß die getroffenen Vereinbarungen normativen Charakter haben sollten, § 1 TVG.

Durch diese Rechtsform wird besser als früher verhindert, daß dem einzelnen Arbeitnehmer die Verbesserungen, die seine Koalition für

---

1) BVerfGE 4, 96 (1o6).
2) Hueck-Nipperdey II/1, § 13 I 1 S.215 ff.

ihn in den Vereinbarungen mit den Arbeitgebern erzielt hat, durch eine Einzelabrede mit seinem Arbeitgeber wieder entzogen oder vorenthalten werden. In der Gestalt, die er durch die TVVO bzw. das TVG erhalten hat, erweist sich der Tarifvertrag deswegen als die geeignete Rechtsform für die Gesamtvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder.

Ist der Tarifvertrag im Sinne von TVVO und TVG das geeignete und deswegen seit langem herkömmliche Mittel für die Koalitionen, um ihre Ziele zu erreichen, so würde die in Art. 9 III GG garantierte Koalitionsfreiheit "ihres historischen Sinnes beraubt"[1], wenn den Koalitionen die Möglichkeit versperrt würde, in Verfolgung ihrer Ziele Tarifverträge abzuschließen. Daraus folgt, daß die Einrichtung des Tarifvertrages mit der ihn kennzeichnenden Unabdingbarkeit bestehenbleiben muß.

Mit Art. 9 III GG ist also zumindest die Einrichtung eines Tarifvertragssystems in der Weise gewährleistet, daß der einfache Gesetzgeber ein Tarifvertragssystem zur Verfügung stellen muß bzw. nicht abschaffen kann,

---

1) So BVerfGE 4, 96 (1o6).

und daß freie Koalitionen notwendig Zugang zum Abschluß von Tarifverträgen haben müssen.[1)]

Es fragt sich aber, ob die Verbindung zwischen Koalitionsgarantie und Tariffähigkeit nicht noch enger ist, und zwar in dem Sinne, daß grundsätzlich jede arbeitsrechtliche Koalition im Sinne des Art. 9 III GG als zum Abschluß von Tarifverträgen fähig angesehen werden muß.

Führt man den einmal erkannten Grundgedanken, der Schutz der individuellen Koalitionsfreiheit bedinge den Schutz der Koalition und ihrer Betätigung, konsequent weiter, so kann man sich mit der Feststellung, es müsse überhaupt ein Tarifvertragssystem geben, nicht begnügen.

Angesichts der Bedeutung, die der Abschluß von Tarifverträgen für die Betätigung der Koalitionen hat, muß grundsätzlich jede arbeitsrechtliche Koalition[2)] als tariffähig

---

1) BVerfGE 4, 96 (1o6); 17, 319 (333); 18, 18 (26 f.); 19, 3o7 (313 f.); 20, 312 (318 ff.); ihm folgend insbesondere BAG AP Nr.13, 14 zu TVG; Biedenkopf, Tarifautonomie, S.1o2; Herschel, JZ 65, 81 (85); Kunze, BB 64, 1311 (1313); Nikisch II, § 60 III 3, S.61 f.; ders., SAE 64, 141; Meissinger, DB 50, 313; ders., RdA 51, 46; Hessel, BB 50, 621; Reuss, RdA 64, 362 (363 A).

2) s.S. 65 FN 2.

angesehen werden.[1] Würde ein Tarifvertragssystem in seiner Regelung der Tariffähigkeit bestimmten Koalitionen den Abschluß von Tarifverträgen nicht ermöglichen, so wäre mittelbar auch das individuelle Koalitionsrecht der in diesen Koalitionen zusammengeschlossenen Personen stark beeinträchtigt. Es wäre weitgehend wertlos, weil ihrem Verband das geeignete Mittel zur Erreichung seiner Ziele genommen wäre und der Verband praktisch unfähig würde, den Koalitionszweck erfolgreich zu verfolgen.[2] [3]

Daraus ergibt sich, daß grundsätzlich[4] jede Koalition von Arbeitnehmern die Befugnis haben muß, Tarifverträge im Sinne des TVG abzuschließen; ihr ist die Tariffähigkeit garantiert.

§ 2 I TVG, der die Tariffähigkeit auf kampfbereite Arbeitnehmerverbände beschränkt, ist mit Art.9 III GG deswegen nur dann vereinbar, wenn sich wirtschaftsfriedliche Verbände nicht auf dieses Grundrecht berufen können oder der Gesetzgeber ihnen trotzdem die Tariffähigkeit vorenthalten darf.

---

1) Dietz, Grundrechte III/1, S.417 (461 f.); Schnorr, RdA 55, 3 (6); ders., Festschrift für Molitor, S.229 (234); s.a. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.1 III Rdr. 98 Anm.3 (S.47); im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey II/1, § 9 II S.138, § 9 V 1 S.147; Stinglwagner, Tariffähigkeit, S.45 ff.; Welzel, BABl.55, 218; Huber II, S.376.

2) Schnorr, Festschrift für Molitor,S.229 (234).

3) Dietz, Diskussionsbeitrag, S.50, will das TVG in dieser Stellung mit dem BGB vergleichen; wie dieses dem einzelnen die rechtlichen Mittel zur Verwirklichung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art.2 I GG zur Verfügung stelle, so diene das TVG der Entfaltung des Betätigungsrechts der Koalitionen aus Art.9 III GG.

4) Zu den Einschränkungsmöglichkeiten s.S. 93ff.

II. Streikbereitschaft als Merkmal der Koalition im Sinne des Art. 9 III GG

Entscheidend ist also nunmehr, ob die wirtschaftsfriedlichen Arbeitnehmerverbände trotz ihrer negativen Einstellung zum Streik als Koalitionen im Sinne des Art. 9 III GG anzusehen sind.

1. Der Wortlaut des Art. 9 III GG

Für die Frage, ob die arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerkoalitionen im Sinne des Art.9 III GG kampfbereit sein müssen, gibt der Wortlaut des Art. 9 III GG nichts her. Er spricht nur ganz allgemein von "Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen". Dieser Begriff ist im Gegensatz zu "Gewerkschaften" sehr dehnbar und sagt wenig über die Eigenschaften einer Koalition aus.

2. Die koalitionsrechtliche Entwicklung bis 1933

Da der Verfassungsgeber an die Entwicklung des Koalitionsrechts bis 1933 anknüpfen wollte[1)], ist auch die frühere Rechtslage heranzuziehen. Dabei ist neben Art. 159, 165 WRV auch § 152 GewO zu berücksichtigen; denn Art.159 WRV hatte vor allem den Zweck, die Koalitionsfreiheit, soweit sie durch § 152 GewO bereits gewährt war, verfassungsrechtlich zu verankern.

Ungeachtet der Tatsache, daß die damit erlaubten Zusammenschlüsse in ihrer historischen Form Kampforganisationen waren, was zum Bei-

---

1) s.S. 57.

spiel in der Fassung des § 152 GewO[1] klar zum Ausdruck kam, war man sich darüber einig, daß unter Art. 159 WRV auch der Zusammenschluß zu nicht kampfbereiten Koalitionen fiel.

So hat das RAG[2] in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß die Interessenverfolgung seitens der Arbeitnehmervereinigungen nicht auf eine schließliche Auseinandersetzung im Wege des Arbeitskampfes gerichtet sein müsse. Es sei sehr wohl denkbar und deshalb auch genügend, daß ein Meinungsstreit mit friedlichen Mitteln ausgetragen werde, zum Beispiel im Wege eines Vergleiches oder eines Schlichtungsverfahrens.[3] Die Frage der Streikbereitschaft sah man als ein Problem der Unabhängigkeit der Verbände an, nicht zuletzt in Erinnerung an die wirtschaftsfriedlichen Werkvereine des Kaiserreiches. War eine Arbeitnehmerkoalition kampfbereit, so

---

1) s.S.28 FN 1.

2) RAG ARS 4, 239; 4, 294; 5,217; 9, 487.

3) Ebenso die h.M. in der Literatur: Hueck-Nipperdey II, 3.-5.Aufl., § 14 IV 1 S. 176 f.; Sinzheimer, Arbeitsrecht, S, 71 f.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4.Aufl., S. 53; Kaskel, NZfAR 1926, 1 ff.; Jacobi, Arbeitsrecht, S. 161; Groh, Koalitionsrecht, S. 61.

war sie offensichtlich von den Arbeitgebern unabhängig.[1) 2)]

Der Vergleich mit Art. 159 WRV spricht also auf den ersten Blick dafür, daß Art. 9 III GG auch den Zusammenschluß zu nicht kampfbereiten Verbänden garantieren und damit auch die wirtschaftsfriedlichen Koalitionen schützen sollte.

Es ist allerdings zu beachten, daß der Verfassunggeber 1948 den Wortlaut des Art. 159 WRV, insbesondere auch den Begriff "Vereinigung" nicht in der bewußten Absicht übernommen hat, verbindlich zu entscheiden, daß die Koalitionsfreiheit auch weiterhin für die wirtschaftsfriedlichen Verbände gelten sollte.[3)]

---

1) Es sei darauf hingewiesen, daß die genannte Rechtsprechung und Literatur nicht zur Vereinigung im Sinne des Art. 159 WRV, sondern zu der im Sinne des § 1 TVVO ergangen ist. Dies ist aber unschädlich, weil sich entweder beide Begriffe decken (so z.B. Hueck-Nipperdey II, 5.Aufl., § 14 IV 1 S.176 f.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4.Aufl., S.315) oder die Vereinigungen des § 1 TVVO die wichtigste Gruppe der Koalitionen im Sinne des Art. 159 WRV darstellten.

2) Der Verzicht auf die Streikbereitschaft war im übrigen schon deshalb zwangsläufig, weil unter der Weimarer Reichsverfassung die Streikfreiheit nicht gesichert war (Anschütz, Weimarer Reichsverfassung, Art. 159 Bem.5 S.733). Heute besteht dagegen eine verfassungsrechtlich garantierte Streikfreiheit, deren Verankerung im Grundgesetz allerdings umstritten ist. Übersicht dazu bei Ramm, AuR 67,97 (100).

3) Die Materialien des Grundgesetzes bieten für Überlegungen des Verfassunggebers in dieser Richtung keinerlei Anhaltspunkte.

Über die konkreten Eigenschaften der Koalitionen hat er sich vielmehr ebensowenig Gedanken gemacht wie 1919. [1)]

Ähnlich wie für Art. 159,165 WRV ist deswegen für Art. 9 III GG davon auszugehen, daß mit der Wahl des wenig prägnanten Begriffes "Vereinigung" Rechtsprechung und Wissenschaft die Möglichkeit gegeben werden sollte, nach Sinn und Zweck des Koalitionsrechts unter Berücksichtigung seiner "verfassungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Gebundenheit"[2)] die Merkmale einer Koalition zu bestimmen.

Endgültig entscheidend kann deswegen nicht sein, daß in der Weimarer Republik konkret die Streikbereitschaft nicht als Merkmal einer Koalition angesehen wurde, sondern nur, ob die verfassungsrechtlichen Gegebenheiten des Koalitionsrechts heute (noch) so sind, daß sie einen Verzicht auf die Streikbereitschaft zulassen.

---

1) Selbst BAGE 12,184(191) und Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.1o9, die dem Wechsel von "Vereinigung von Arbeitnehmern" in § 1 TVVO zu "Gewerkschaft" in § 2 TVG so große Bedeutung für das Merkmal der Streikbereitschaft beimessen (s.S.81f.), ziehen aus dem gleichbleibenden Wortlaut von Art. 159, 165 WRV und Art. 9 III GG nicht den von ihrer Warte sich anbietenden Umkehrschluß.

2) Schnorr, RdA 53,377; s.a. BVerfGE 4,96(1o7); Brox, BB 67,847 (848); Reuss, Arbeitsrecht der Gegenwart I, S.144(146).

Immerhin ergibt sich aber doch eine negative Feststellung.

Es ist sicher nicht möglich, mit Nipperdey[1] Arbeitnehmerkoalitionen im Sinne des Art. 9 III GG und Gewerkschaft im Sinne des § 2 I TVG gleichzusetzen[2] und mit dem Hinweis auf die historische Streikbereitschaft der Gewerkschaften von allen Arbeitnehmerverbänden, die durch Art. 9 III GG geschützt werden sollen, diese Einstellung zu fordern.[3]

Man knüpft bei diesem Vorgehen nicht mehr an die koalitionsrechtliche Entwicklung in der Weimarer Republik an, sondern an die nach 1945 ergangene arbeitsrechtliche Gesetzgebung, die erstmalig den Gewerkschaftsbegriff verwendete; ebensowenig entwickelt man den Koalitionsbegriff allein nach den rechtlichen Gegebenheiten des Koalitionsrechts, sondern verweist auf die Eigenschaften historischer Verbände.

---

1) Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 FN 55 S.109: die Meinung, die Arbeitskampfbereitschaft sei kein notwendiges Merkmal der Koalition, verkennt die historische Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffs (!).

2) So z.B. auch Schnorr, RdA 53,377; ders., Vereinsrecht, S.238 f.; Meissinger, AuR 54,65.

3) Ablehnend im Ergebnis auch Reuss, RdA 64,362(363); ders., Arbeitsrecht der Gegenwart I, S.144(151); Dietz, Grundrechte III/1, S.417(441).

3. Nach Sinn und Zweck der Koalitionsgarantie

Damit kommt es dafür, ob das Bekenntnis zum Streik für die Koalition erforderlich ist, auf Sinn und Zweck der Koalitionsgarantie an..

a) Der Zweck der Koalition

Sinn und Zweck der Koalition bestimmen sich von der Funktion der Koalition her. Dabei ist allein von der allgemeinen Aufgabenstellung der Koalitionen, wie sie sich aus Art.9 III GG ergibt, auszugehen und nicht auf die besonderen Voraussetzungen und Wirkungen spezifischer Tätigkeitsformen abzustellen.[1)]

Aufgabe der Koalition ist nach Art. 9 III GG, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern.

Bei näherer Betrachtung und einem Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung zeigt sich, daß Zweck der Koalitionen die unmittelbare Interessenvertretung ist; die Koalitionen sollen die Interessen und Belange ihrer Mitglieder bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen wahren und durchsetzen.

---

1) Ob die Koalitionen bei spezifischen Tätigkeitsformen weitere Voraussetzungen aufweisen müssen, muß an dieser Stelle offenbleiben. Zu den besonderen Umständen beim Abschluß von Tarifverträgen s.S. 97 ff.

Diese Aufgabenstellung hat ihren Grund in der sozialen Schwäche der Arbeitnehmer im Verhältnis zu ihrem jeweiligen Arbeitgeber.

Seitdem die Arbeitnehmer aus den teils schützenden, teils beschränkenden Bindungen der Leibeigenschaft und der Zünfte entlassen sind[1], ist Grundlage für ihre Beziehungen zum Arbeitgeber der "freie Arbeitsvertrag". Sein Idealbild geht dahin, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei und gleichberechtigt über die Bedingungen des zu schließenden Arbeitsvertrages verhandeln und eine Vereinbarung erzielen, die den berechtigten Interessen beider Seiten gerecht wird.

Die Lehre vom frei ausgehandelten Arbeitsvertrag stimmt jedoch mit der Wirklichkeit nicht überein.

Die Arbeitnehmer sind einfach überfordert, wenn sie die ihnen zustehende Freiheit des Arbeitsvertrages dazu nutzen sollen, sich angemessene Arbeitsbedingungen zu verschaffen. Der einzelne Arbeitnehmer kann beim Abschluß des Arbeitsvertrages von seiner rechtlichen Freiheit keinen echten Gebrauch machen, weil er gezwungen ist, sich zu verdingen, um überhaupt leben zu können; es ist ihm weitgehend unmöglich, ungenügende Arbeitsbedingungen zurückzuweisen, weil die Verwertung

---

1) In Preußen waren die grundlegenden Maßnehmen dafür
   a) das Edikt vom 9.1o.18o7, u.a. die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner betreffend,
   b) die Proklamierung der Gewerbefreiheit von 1811.

seiner Arbeitskraft seine einzige Einnahmequelle ist.[1)]

Dieser elementare Kontrahierungszwang des Arbeitnehmers begründet eine grundlegende soziale Schwäche des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Sie macht es dem einzelnen Arbeitnehmer, vor allem bei einem Überangebot an Arbeitskräften, unmöglich, die Freiheit des Arbeitsvertrages zur Sicherung einer angemessenen Existenz zu nutzen. Das Prinzip des freien Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer scheitert, weil für den Arbeitnehmer keine echte Vertragsfreiheit herrscht, sondern ein tatsächlicher Kontrahierungszwang besteht.[2)]

Die Stärke der Arbeitnehmer liegt in ihrer großen Zahl und deshalb im Zusammenschluß. Erst ihr gemeinsames Auftreten gibt ihnen ein erhöhtes Gewicht und nimmt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, die einzelnen Arbeitnehmer gegeneinander auszuspielen.

Die Gründung einer Koalition und der Beitritt zu ihr ist also ein Akt der Selbsthilfe. Die Arbeitnehmer versuchen, auf diese Weise eine Verbesserung ihrer Verhandlungsposition und damit der erzielbaren Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erreichen.

---

1) Im einzelnen zu der verhängnisvollen Rolle der Lehre vom freien Arbeitsvertrag für die Rechtsstellung der Arbeitnehmer: Christmann, Gewerkschafts-Bewegung, S.4 ff.; Fechner, Freiheit und Zwang, S. 11; Richardi, RdA 66, 241 (245).

2) s.a. Hueck-Nipperdey I, § 7 I S.26.

Dieser Aufgabe vermag eine Koalition nur dann zu entsprechen, wenn sie nach ihrer Verfassung und Einstellung die Gewähr bietet, für ihre Mitglieder Arbeitsbedingungen zu erreichen, die zumindest denen überlegen sind, die der einzelne Arbeitnehmer individuell von seinem Arbeitgeber erreichen könnte.[1)]

Deswegen müssen in jedem Fall diejenigen Eigenschaften und Voraussetzungen, die dafür erforderlich sind, als mit der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen notwendig verbunden angesehen und deswegen für die Koalition im Sinne des Art. 9 III GG gefordert werden.

Ob man darüber hinaus von den Arbeitnehmerverbänden fordern und danach die Voraussetzungen einer Koalition festlegen kann, daß sie durch ihre Tätigkeit einen gerechten Ausgleich der Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern oder gar das Maximum für sich anstreben, ist zweifelhaft.

Es besteht kein Grund, die Koalition als Interessenverband auf diese Zielsetzung zu beschränken.

---

1) In dieser Richtung z.B. Nikisch II, § 70 III 6 b S.255, für den ein Arbeitnehmerverband schon dann den Koalitionszweck erreicht, wenn er in größerer Zahl Tarifverträge für seine Mitglieder abschließen kann;
Maus, TVG, § 2, 76 für den zu einer Koalition gehört, daß sie sich im sozialen Bereich ü b e r h a u p t durchsetzt; s.a. Schnorr, RdA 55, 3 (6); Dietz, Grundrechte III/1, S. 417 (443); Brand, RiA 62, 85.

Zunächst ist nicht einleuchtend, warum wirtschaftsfriedlichen Verbänden, wenn sie die Interessen ihrer Mitglieder zwar nicht mit optimalen, aber durchaus beachtlichen Erfolgen vertreten, die Koalitionseigenschaft abgesprochen werden soll. Ihren Mitgliedern genügt offensichtlich diese verminderte Wirksamkeit, und das sollte, sieht man die Koalitionen als Interessenverbände, entscheidend sein.[1)]

Dahinter steht letztlich folgende Überlegung: Wenn es dem einzelnen Arbeitnehmer überhaupt freisteht, durch Beitritt zu einer Koalition seine soziale Schwäche auszugleichen, so muß ihm auch die Freiheit bleiben, die Ziele und Wirksamkeit seines Verbandes zu bestimmen; es ist nicht einzusehen, warum er dann, wenn er sich zum Beitritt entschließt, mit diesem Verband auch das Ziel verfolgen muß, ein Maximum zu erreichen.

Danach ist es also ausreichend aber auch erforderlich, daß die Koalitionen in der Lage sind, für ihre Mitglieder bessere Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, als diese einzeln erzielen könnten, zu erreichen.

---

1) s. Kunze, BB 64, 1311 (1315); Grabendorf, ZBR 57, 60; BVerfGE 18, 18 (32); Nikisch, SAE 64, 141 (144).

b) Notwendigkeit der Streikbereitschaft für die Erreichung des Koalitionszwecks

Es kommt deswegen nunmehr darauf an, ob ein Arbeitnehmerverband auch ohne die Möglichkeit und den Willen, einen Streik als Druckmittel gegen die Arbeitgeber zu gebrauchen, die Interessen seiner Mitglieder mit Erfolg vertreten kann oder nicht.[1)]

aa) Streikbereitschaft als einziges Druckmittel der Arbeitnehmer

Unter Hinweis darauf, daß im Gegensatz zur Weimarer Republik heute eine staatliche Zwangsschlichtung nicht mehr besteht, im übrigen auch unzulässig wäre,[2)] waren vor allem das BAG[3) 4)] und Nipperdey[5)] der Meinung, daß eine wirtschaftsfriedliche Koalition dazu generell nicht in der Lage sei.

Sie gehen davon aus, daß die Arbeitgeber in vielen Fällen die von den Arbeitnehmerkoalitionen erhobenen Forderungen nicht ohne wei-

---

1) Welche Merkmale im übrigen für eine Koalition gegeben sein müssen, kann hier nicht behandelt werden. Dazu siehe z.B. BAG AP Nr.14 zu § 2 TVG; BVerfGE 4,96 ff.

2) Fechner, RdA 55,161(163); Hueck-Nipperdey II/1, § 3 IV 3a S.41.

3) BAGE 12,184(190).

4) Seit BVerfGE 18,18 ff hat das BAG die Streikbereitschaft nicht mehr gefordert. Es hält jedoch weiter daran fest, daß der Arbeitnehmerverband fähig sein müsse, Druck und Gegendruck auszuüben, so z.B. BAG AP Nr.25 zu § 2 TVG.

5) Hueck-Nipperdey II/1, § 6 III 4 S.108 f.

teres zu erfüllen bereit seien. Die Koalitionen[1] bedürften daher für diese Fälle eines Druckmittels, um auch gegen den Willen der Arbeitgeber ihre Forderungen durchsetzen und damit ihre Aufgabe erfüllen zu können. Denn nur mit Hilfe des Arbeitskampfes - oder der Drohung mit ihm - könne eine Koalition verhindern, daß der soziale Gegenspieler durch Nichteinlassung den Abschluß von Tarifverträgen sanktionslos verhindere und damit ihre Bemühungen illusorisch mache. Habe die Koalition dagegen auf den Arbeitskampf verzichtet und könne sie auch keine Zwangsschlichtung herbeiführen, so fehle ihr jede Möglichkeit, den sozialen Gegenspieler zu einer anderen Haltung zu veranlassen. Da eine staatliche Zwangsschlichtung ausscheide, komme bei der gegenwärtigen Rechtslage als einziges Druckmittel nur der Arbeitskampf in Betracht.

Es bestehe deswegen ein notwendiger Sinnzusammenhang zwischen dem Koalitionszweck, dem Fehlen einer Zwangsschlichtung und der Bereitschaft zum Arbeitskampf.

Verzichte eine Koalition auf die Kampfbereitschaft, so bestehe die Gefahr, daß sie

---

1) Reuss, RdA 64,362(363) meint, die Erörterungen des BAG ergingen nur zu "Gewerkschaft" im Sinne des § 2 I TVG, nicht zu "Koalition" im Sinne des Art. 9 III GG. Dies ist richtig, weil das BAG die Regelung der Tariffähigkeit nach § 2 I TVG prüft. Seine Ausführungen sind aber gleichermaßen für den Koalitionsbegriff im Sinne des Art. 9 III GG von Bedeutung, weil die Koalitionen des Art. 9 III GG ebenso wie die Gewerkschaften des § 2 I TVG zur Wahrung und Förderung der sozialen Interessen ihrer Mitglieder in der Lage sein müssen und für diese Fähigkeit die Streikbereitschaft erheblich sein soll.

ihre Ziele nicht erreiche.[1]

Reuss[2] beurteilt die Möglichkeiten der wirtschaftsfriedlichen Arbeitnehmerverbände noch negativer.[3] Er spricht jedem nicht kampfwilligen Verband schlechthin die Fähigkeit ab, die Interessen seiner Mitglieder vertreten und Verbesserungen ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erreichen zu können.

Lehne ein Arbeitnehmerverband den Arbeitskampf ab, so fehle ihm jede Möglichkeit,

---

1) Ähnlich auch Mayer-Maly, RdA 64,395; 65,37; 65,134; Herschel, JZ 65,81(86); LAG Düsseldorf AP Nr.2 zu Art. 9 GG; LAG München (zit. nach Reichel RdA 60,81) als Vorinstanz zu BAGE 12,184 ff.

2) Reuss, RdA 64,362(363); 65,133. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß Reuss den wirtschaftsfriedlichen Verbänden mit dem Argument, es fehle ihnen ein Druckmittel und damit jeglicher Einfluß auf den sozialen Gegenspieler, nur die Tariffähigkeit absprechen will; er bejaht dagegen ausdrücklich ihre Koalitionseigenschaft. Dessen ungeachtet kann seine Ansicht aber nur in dem hier aufgezeigten Sinn verstanden werden. Schließlich sagt Reuss selbst, daß die Koalitionen in der Lage sein müßten, den Koalitionszweck mit Erfolg zu verfechten (Arbeitsrecht der Gegenwart I, S.144(146). Diese Fähigkeit spricht er den wirtschaftsfriedlichen Verbänden aber gerade ab.

3) Weitgehend zustimmend Kunze, BB 64,1311 (1315).

auf die Gegenseite einzuwirken und diese zu Zugeständnissen zu veranlassen - er trete dem sozialen Gegenspieler "ohne Waffen, gewissermaßen mit der weißen Fahne" gegenüber und müsse sich dem Diktat der Gegenseite beugen. Damit könne eine Koalition aber kaum ihre Fähigkeit zur Interessenvertretung nachweisen.[1)]

Erst von einer generell kampfbereiten Arbeitnehmervereinigung gehe in den Verhandlungen über ihre Forderungen ein ständiger latenter, aber fühlbarer und motivierender Druck aus, der die Freiheit der Verhandlung und die Bereitschaft zu Konzessionen gewährleiste.

Deswegen dürfe man sich nicht dadurch täuschen lassen, daß in vielen Fällen Verbesserungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ohne Arbeitskampf und ohne ausdrückliche Streikdrohung erreicht würden. Es handele sich dabei nur scheinbar um friedliche Verhandlungen; die Druckwirkung des potentiellen Arbeitskampfes würde übersehen, schriebe man in diesen Fällen das Ergebnis einer rein friedlichen Verständigung zu.[2)]

---

1) s.a. Stinglwagner, Tariffähigkeit, S.105.
2) Zu letzterem s.a. BAGE 12,184(190).

bb) Entbehrlichkeit der Streikbereitschaft bei einer Partnerschaft zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern

Demgegenüber halten vor allem Nikisch[1] und Neumann-Duesberg[2] die friedliche Verständigung für einen durchaus gangbaren Weg, um die Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten.[3]

Sie lassen dabei offen, ob es früher einmal wirklich so war, daß eine Arbeitnehmervereinigung die Interessen ihrer Mitglieder nur dann wirksam fordern konnte, wenn sie bereit war, hinter ihre Forderungen den Druck eines Arbeitskampfes zu setzen[4]; davon könne jedenfalls jetzt, so meinen sie, keine Rede mehr sein. In der großen Mehrzahl der Fälle könnten heute die Koalitionen Verbesserungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder auch auf friedlichem Weg, das heißt ohne den Druck eines akuten oder drohenden Arbeitskampfes, erreichen.[5] Man müsse sich sogar fragen, ob die Streikbereitschaft der Arbeitnehmerkoalitionen und die daraus resultierende latente Drohung überhaupt noch einen wesentlichen Einfluß auf den Ausgang der Tarifverhandlungen habe, sehe man von einzelnen Fallen ab.[6]

---

1) Nikisch II, § 57 II 8 S.13, § 70 III 6b S.255; ders., SAE 62,6o; 64,141 ff.

2) Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG AP Nr.13 zu § 2 TVG; ders., BlStSozVArbR 62,268; ders., BetrVG, S.47 ff., 126.

3) Im Ergebnis so auch BVerfGE 18,18 ff.

4) So z.B. Sinzheimer, Arbeitsrecht, S.72.

5) Zustimmend Frey, AuR 59,119.

6) So ausdrücklich Nikisch, SAE 64,141(144).

Dies wird darauf zurückgeführt, daß sich die Fronten zwischen "Arbeit und Kapital" gelockert hätten; Arbeitnehmer und Arbeitgeber sähen sich nicht mehr lediglich als die Vertreter polarer Interessen, die nur unter Druck zu Konzessionen an die Gegenseite zu veranlassen seien. Zunehmend setze sich die Erkenntnis durch, daß beide Seiten auch gemeinsame Interessen hätten und deswegen eine friedliche Zusammenarbeit, die die Belange beider Seiten berücksichtige, beiden Teilen zum Vorteil gereiche.[1)]

Zeichen dieser Entwicklung seien die Überwindung des Fehdegedankens und die Idee der Partnerschaft, die in der Bezeichnung der "Sozialpartner" einen sinnfälligen Ausdruck finde.[2)] Im betrieblichen Bereich seien diese Gedanken bereits weitgehend zum Durchbruch gekommen.[3)] Sie besäßen aber auch auf überbetrieblicher Ebene Geltung.[4)] Deswegen müsse es heute als das Bestreben der Tarifparteien angesehen werden, zu einer Einigung zu gelangen, die den Bedürfnissen beider Seiten gerecht würde; es sei deswegen keine Illusion, wenn sich eine Koalition auf die Verständigungsbereitschaft ihres

---

1) S.a. Huber II, S. 368.

2) Neumann-Duesberg, BetrVG, S. 126; Bulla, AR-Blattei TV II, Anm. zu Entsch. 3; Huber II, S. 368; Dietz, Grundrechte III/1, S.417 (441).

3) Neumann-Duesberg, BetrVG, S.31; Dietz, BetrVG, § 49, 1 unter Hinweis auf § 49, I BetrVG.

4) S.a. Dietz, BetrVG, § 49, 2.

sozialen Gegenspielers verlasse und auf den Arbeitskampf verzichte.[1)]

Diese Entwicklung sei gefördert worden durch die allgemeine Versachlichung, die der tiefere Einblick in die volkswirtschaftlichen Zusammenhänge und die Auswirkungen der Tarifverträge[2)] mit sich gebracht habe.[3)] Dieser habe gezeigt, daß der effektive Spielraum für eine Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit der für Kampfmaßnahmen "freie Bereich" immer kleiner werde. Deswegen setze sich auch zunehmend die Einsicht durch, daß durch einen Arbeitskampf keine wesentlichen Verbesserungen mehr erreicht würden, die Schäden und Nachteile für beide Beteiligten oft den Gewinn nicht aufwiegen könnten.

Nikisch räumt zwar ein, daß die genannten Umstände noch keine Einigung in jedem Einzelfall garantierten. Für diese Fälle biete sich aber an Stelle eines Arbeitskampfes immer noch die Möglichkeit einer freiwilligen, jedoch verbindlichen Schlichtung. Für eine solche Schlichtung seien angesichts der erwähn-

---

1) Auch Bulla, DB 59, 542 (574) gibt dem "grünen Tisch" eine Chance.

2) Man denke nur an die Rolle der durch die Tarifverträge wesentlich beeinflußten Massenkaufkraft für den Konjunkturverlauf.

3) Daß man sich diesen Erkenntnissen nicht verschließen will, zeigt das Wohlwollen, das beide Seiten der Bildung des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung entgegengebracht haben.

ten Versachlichung heute viel realere Möglichkeiten zum Ausgleich gegeben, als zu einer Zeit, wo sich der Inhalt der Tarifverträge allein nach den tatsächlichen Machtverhältnissen gerichtet habe.[1)]

Für Nikisch und Neumann-Duesberg ist deswegen die Streikbereitschaft nicht erforderlich, um die Interessen der Koalitionsmitglieder zu wahren und zu fördern. Daher halten sie im Rahmen des Art.9 III GG das Bekenntnis zum Streik nicht für nötig.[2)]

cc) Eigene Meinung

Sicherlich wird man sich vor einer Überschätzung des Partnerschaftsgedankens und der Verständigungsbereitschaft hüten müssen; der Gedanke der Partnerschaft kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß weiterhin zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ganz reale Interessengegensätze bestehen.[3)] Gerade bei

---

1) Nikisch, SAE 64, 143; als Vorbild verweist er vor allem auf die Schweiz, Nikisch II, § 70 III 6b S.255; dazu Heither, Kollektives Arbeitsrecht der Schweiz, S. 135.

2) Im Ergebnis so auch Huber II, S. 375; Bulla, DB 59, 572 (574); ders., AR-Blattei, Tarifvertrag II, Anm. zu Entsch.3; Grabendorf, ZBR 57, 60; Frey, AuR 57, 126; 59, 119; Dietz, Grundrechte III/1, S.417 (441).

3) Reuss, RdA 64, 362 (366); Dietz, Grundrechte III/1, S. 417 (441); selbst Neumann-Duesberg, BetrVG, S.126 FN 4, räumt ein, daß mit dem Wort "Partnerschaft" viel Mißbrauch getrieben werde.

der Anziehungskraft dieser Vorstellung ist die Versuchung groß, erwünschte aber nicht gegenwärtige oder gar utopische Entwicklungen bereits jetzt als Tatsachen anzusehen.[1)]

Andererseits entspricht es auch nicht mehr den heutigen Verhältnissen, wenn in friedlichen Verhandlungen erzielte Verbesserungen nur mit der Furcht der Arbeitgeberseite vor potentiellen Arbeitskämpfen erklärt werden oder aber als freiwillige Leistungen der Arbeitgeber, bei denen den verhandelnden Arbeitnehmerverbänden keinerlei Verdienst zukomme, bewertet werden.

Die Wahrheit liegt wohl in der Mitte.

Es hat sich gezeigt, daß die Arbeitnehmer bei der Austragung von Tarifkonflikten zwei verschiedene Verhaltensweisen beobachten, um die Gegenseite zu Zugeständnissen zu veranlassen. Einmal handelt es sich um die Drohung mit oder die Durchführung von Kampfmaßnahmen, die auf die Arbeitgeber einen Druck ausüben sollen. Auf der anderen Seite wird versucht, den Gegner von der Berechtigung der eigenen Forderung zu überzeugen und auf diese Weise zum Nachgeben zu veranlassen.

Versucht man, die Bedeutung und den Erfolg jeder dieser beiden Taktiken empirisch zu erfassen[2)], so zeigt sich, daß es sicherlich zu

1) BAGE 12, 184 (192).

2) Dazu s. Weitbrecht, Tarifautonomie, S.118 ff. mit einem Überblick über das zumeist englisch-sprachige Schrifttum.

weit geht, wenn Nikisch fast jeglichen Einfluß eines Streiks oder einer Streikdrohung auf die Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern leugnen will. In vielen Fällen erreichen Arbeitnehmerverbände mehr, in Einzelfällen sogar überhaupt erst etwas, weil hinter ihren Forderungen die Bereitschaft zum Arbeitskampf steht.[1] Das hat seinen guten Grund.

Ein Streik bringt im Normalfall für die Arbeitgeber erhebliche Nachteile mit sich, weil trotz des Produktionsausfalls wesentliche Kosten weiter laufend anfallen: So müssen die Produktionsanlagen unterhalten werden und das Fremdkapital weiter verzinst werden. Diese Umstände veranlassen die Arbeitgeber zu Konzessionen, die sie ohne den Druck eines Streiks kaum machen würden.

Weitgehend das gleiche gilt für die Streikbereitschaft. Das Bekenntnis zum Arbeitskampf läßt die zu erwartenden Nachteile für die Arbeitgeber in greifbare Nähe rücken und Konzessionen zur Abwendung eines drohenden Streiks als ratsam erscheinen, die im Zweifel auch zur Beendigung des der Drohung gemäß durchgeführten Arbeitskampfes gemacht werden müßten, dann aber wegen der durch den Streik erlittenen Nachteile noch schwerer zu tragen wären. Deswegen veranlaßt schon die Streikbereitschaft als latente aber ständige Drohung, einen Streik zu führen, die Arbeitgeber zu Zugeständnissen, zu denen sie sich kaum verstehen würden, wenn sie mit einem Streik nicht im entferntesten zu rechnen brauchten.[2]

---

1) Herschel, JZ 65,81 (86 FN 46) sieht gerade in der sozialen Lage der Hausgehilfinnen vor der Vollbeschäftigung einen Beweis für dieses Argument.

2) So selbst Nikisch, SAE 62,60(61).

Andererseits bestehen durchaus reale Möglichkeiten, die Arbeitgeber von der Berechtigung gewisser Forderungen und der Notwendigkeit gewisser Zugeständnisse zu überzeugen und damit auch ohne Arbeitskampf Verbesserungen für die Arbeitnehmer zu erzielen. Die Entwicklung hat nämlich auch gezeigt, daß friedliche Arbeitnehmervereinigungen Tarifverträge abgeschlossen haben, die eine merkliche Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder bedeutet haben. Auch das ist kein Zufall.

Schon die bloße Tatsache des Zusammenschlusses, auch des bloß wirtschaftsfriedlichen, vermindert die soziale Schwäche und Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern. Das gemeinsame und geschlossene Auftreten hindert den Arbeitgeber, die einzelnen Arbeitnehmer gegeneinander auszuspielen.

Zugleich wird damit der Konflikt von der Ebene des einzelnen Arbeitsverhältnisses auf die des Berufs- oder Industriezweiges gehoben. Er erhält damit eine ganz andere, grundsätzliche Bedeutung und läßt auch bei den Arbeitgebern ein Interesse, zum Abschluß zu kommen, entstehen; denn auch ihnen liegt an Vereinbarungen mit den Arbeitnehmerverbänden, weil von diesen eine Vereinheitlichung der sozialen Verhältnisse in einem ganzen Wirtschaftsbereich ausgeht[1], und sie sind dafür zu Konzessionen bereit, die

1) Hueck-Nipperdey II/1, § 14 II 2 S. 235 f.

sie dem einzelnen Arbeitnehmer nicht machen würden.

Zwar spielen sicherlich auch dann noch die konkreten Machtverhältnisse eine erhebliche Rolle; Bedeutung und Einfluß erhalten aber daneben noch andere Faktoren wie die sozialen und volkswirtschaftlichen Folgen der Vereinbarung. Dort wirkt sich dann auch aus, daß den Verbänden in großem Umfang Möglichkeiten und Mittel zum wirtschaftlichen Überblick und zur Öffentlichkeitsarbeit zur Verfügung stehen, die angesichts der zunehmenden Versachlichung der Tarifpolitik und des wachsenden Einflusses der öffentlichen Meinung von großer Bedeutung sind.

Das alles führt dazu, daß auch bei wirtschaftsfriedlichen Verbänden die soziale Schwäche und Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers in einem nicht unerheblichen Maße ausgeglichen wird. Das aber bedeutet, daß diese Verbände die Interessen der Arbeitnehmer besser als diese einzeln vertreten können. Daß sie diese Interessen nicht optimal vertreten, ist demgegenüber unerheblich.

Bei dieser Sachlage kann das Bekenntnis zum Streik nicht als Merkmal einer Koalition im Sinne des Art. 9 III GG gefordert werden. Auch wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerverbände können deswegen Koalitionen im Sinne des Art. 9 III GG sein .[1)]

---

1) Im Ergebnis ebenso Küchenhoff, RdA 69, 97 (1o4); Söllner, Arbeitsrecht, § 9 I 2; Huber II, S. 375.

III. Die Beschränkung der Tariffähigkeit auf kampfbereite Koalitionen durch einfaches Gesetz

Steht den Koalitionen das Grundrecht aus Art. 9 III GG unabhängig von ihrer Einstellung zum Streik zu, so ist die Beschränkung der Tariffähigkeit auf kampfbereite Verbände mit Art. 9 III GG nur dann vereinbar, wenn der Gesetzgeber den wirtschaftsfriedlichen Koalitionen die Tariffähigkeit vorenthalten durfte. § 2 I TVG ist deswegen nur dann verfassungsmäßig, wenn der Gesetzgeber das Betätigungsrecht der wirtschaftsfriedlichen Koalitionen insoweit einschränken durfte.

1. Die Grenzen der Regelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

Bei der Frage, ob und in welchem Maße der Gesetzgeber das Betätigungsrecht der Koalitionen einschränken darf, ist davon auszugehen, daß die Garantie der Betätigung für die Koalitionen allein nach Maßgabe und in den Schranken des Art. 9 III GG gilt. Wenn und soweit die Betätigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erfolgt, kann Art. 2 I GG nicht angewendet [1) 2)]. Das ist deswegen nicht unwichtig, weil sich die Schranken der Grund-

1) BVerfGE 19, 304 (314); Weber, Verfassungsproblem, S. 35; BAG, NJW 67, 843 (844); von Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 9 Anm. V 3 S. 327.

2) Das schließt nicht aus, daß eine Koalition sich auch noch auf andern Gebieten betätigt; in einem solchen Fall gründet sich ihr Betätigungsrecht jedoch nur auf Art. 2 I GG in Verbindung mit Art. 19 III GG. Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 102; Meissinger, RdA 56, 401 (403).

rechte aus Art. 9 III GG und Art. 2 I GG und damit die entsprechenden Eingriffsbefugnisse des Gesetzgebers nicht decken.[1)]

Diese Feststellung ist nicht unbestritten. Einige Stimmen sprechen sich dafür aus, die Grenzen der Betätigungsgarantie der Koalitionen ganz[2)] oder teilweise[3)] aus Art. 2 I GG herzuleiten. Diese Ansicht würde dazu führen, den Unterschied zwischen dem Betätigungsrecht der Koalitionen und der Vereine im Sinne des Art. 9 I GG zu verwischen; auch diesen steht über Art. 19 III GG nach Art. 2 I GG ein allgemeines Betäti - gungsrecht zu, das wegen Art. 19 II GG in einem Kernbereich unbeschränkt und damit dem Betätigungsrecht der Koalitionen gleich-

---

1) Wenn Hueck-Nipperdey II/1, § 9 V 2 FN 34 S. 148 etwas anderes behaupten sollte, so steht das mit der h.M. (z.B. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 I Rdr. 69 ff.) und der von ihm früher geäußerten Ansicht (Grundrechte IV/2, S. 741 (818) im Widerspruch.

2) So z.B. Welzel, BABl 55, 218; Stinglwagner, Tariffähigkeit, S. 31; früher auch BAG AP 5 zu Art. 9 - jetzt anders in NJW 67, 843 (844) und Schnorr RdA 55, 3 (6) - jetzt anders in Festschrift für Molitor, S. 229 (240).

3) So vor allem Hueck-Nipperdey II/1, § 9 II 1 S. 139, § 9 V S. 147, der die Betätigungsgarantie der Koalitionen aus Art. 9 III GG in der Weise auf einen Kernbereich beschränken will, daß durch Art. 9 III GG die Betätigung der Koalitionen in einer "Gesamtrichtung" geschützt, die Betätigung in Richtung auf die "Einzelzwecke" durch Art. 2 I GG erfaßt werden soll"; ähnlich auch Wlotzke, RdA 63, 1 (49). Nipperdey zustimmend auch Schön, Arbeitskampfbereitschaft, S.68 f.

wertig wäre. Eine solche Gleichstellung wird aber der Wertung des Grundgesetzes nicht gerecht, das gerade durch die Herausstellung der Koalitionen mit ihrer besonderen Zielsetzung deren Tätigkeit in dieser Richtung besonders - und das kann nur heißen, nach Maßgabe und mit den Schranken des Art. 9 III GG - schützen wollte.[1)]

Darüber hinaus gilt es heute als eine anerkannte Regel, daß Art. 2 I GG lex generalis gegenüber den anderen Grundrechten ist und bei deren Eingreifen hinter diesen ganz zurücktritt.[2)] Diesem Grundsatz wird man nicht gerecht, wenn man die Betätigungsgarantie der Koalitionen in Art. 9 III GG u n d in Art. 2 I GG verankert.[3)] [4)]

---

1) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 102; Ramm, Willensbildung, S. 31 ff.; Meissinger, RdA 56,401 (403).

2) So BVerfGE 1,264 (273 ff.); 4,52 (57); 6,32 (37); 9,73 (77); Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Rdr. 8.

3) Ausdrücklich gegen Nipperdey z.B. BVerfGE 19,303(314); Weber, Verfassungsproblem, S.35; Schnorr, Festschrift für Molitor, S.229 (240); dagegen nicht überzeugend Hueck-Nipperdey II/1, § 9 V 2 FN 34 S.148.

4) Nipperdey (Hueck-Nipperdey II/1, § 9 II S.139) will auf diese Weise dem Gesetzgeber die Möglichkeit erhalten, gewisse Materien des Arbeitslebens zu regeln. Dies sei nur möglich, wenn man auf die Schranken des Art. 2 I GG, vor allem die verfassungsmäßige Ordnung zurückgreifen könne. Diese Befürchtungen sind jedoch in dieser Allgemeinheit nicht begründet.

2. Die "immanenten" Schranken des Art.9 III GG

Geht man dementsprechend allein von Art. 9 III GG aus, so scheint sich zunächst keine Regelungsmöglichkeit für den Gesetzgeber zu ergeben; denn Art.9 III GG enthält keinen gesetzlichen Vorbehalt und keine sonstige Schrankenbestimmung.

Das bedeutet zwar nicht, daß die Koalitionsfreiheit ohne Beschränkung und Beschränkungsmöglichkeit gilt. Anerkanntermaßen gelten auch die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte nicht schrankenlos, sondern unterliegen bestimmten "immanenten" Schranken. Dabei ist nur streitig, ob es für diese Grundrechte eine allgemeine "Gemeinverträglichkeitsklausel" gibt[1] oder ob jedes Grundrecht drei immanente "Nichtstörungsschranken" enthält, für deren nähere Bestimmung die Schrankentrias des Art. 2 I GG herangezogen werden kann.[2]

Dieser Streit kann hier auf sich beruhen, Dabei geht es nämlich im wesentlichen nur um

---

1) So grundlegend BVerfGE 1, 3o7: Ein Grundrecht kann dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch ein anderes Grundrecht verletzt wird oder Güter, die für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendig sind, gefährdet werden.

2) So vor allem Dürig, JZ 57, 169 ff.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art.2 I Rdr.69 ff. Dürig entwickelt aus den "Rechten anderer" eine "rechtslogisch-immanente", aus dem "Sittengesetz" eine "ethisch-immanente" und aus der "verfassungsmäßigen Ordnung" eine "gesellschaftlich-immanente" Schranke.

d i e Schranken jedes Grundrechts, ohne die ein soziales Nebeneinander der Menschen nicht möglich ist. Die dem allein entsprechende Frage, ob nämlich eine Koalition nur dann von ihrem Grundrecht einen "gemeinverträglichen" Gebrauch macht, wenn sie sich zum Streik bekennt, stellt sich erst gar nicht. Das aber wäre notwendig, wenn der Gesetzgeber über diese immanenten Schranken befugt sein sollte, das Betätigungsrecht der wirtschaftsfriedlichen Koalitionen einzuschränken.

3. Die soziale Ordnungsfunktion der Tarifverträge

Mit der Konkretisierung dieser hier nicht einschlägigen "immanenten" Schranken sind die Möglichkeiten des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 9 III GG noch nicht erschöpfend wiedergegeben. Der Gesetzgeber kann die Streikbereitschaft zwar nicht für die Tariffähigkeit fordern, wenn den Koalitionen auch beim Abschluß von Tarifverträgen nur ihre allgemeine Funktion "Interessenvertretung" zukommt; zu ihrer Wahrnehmung ist die Streikbereitschaft nicht erforderlich.[1] Käme den Koalitionen beim Abschluß von Tarifverträgen aber noch eine zusätzliche, besondere Aufgabe zu und könnten sie dieser nur entsprechen, wenn sie streikbereit wären, so müßte der Gesetzgeber in der Lage sein, die Streikbereitschaft zur Voraussetzung der Tariffähigkeit zu machen, ohne Art.9 III GG zu verletzen.

---

1) s.S. 88 ff.

a) Die soziale Ordnungsfunktion der Koalitionen beim Abschluß von Tarifverträgen

Bei der Frage, ob den Koalitionen beim Abschluß von Tarifverträgen eine besondere Funktion zukommt, zeigt sich schnell, daß die Betätigung der Koalitionen auf dem Gebiet der Tarifautonomie nicht als bloße Interessenvertretung verstanden werden kann.

Es ist nicht zu übersehen, daß die kollektive Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in einem modernen Industriestaat aus den verschiedensten Gründen "schlechterdings unentbehrlich ist und die befriedigende, den wirtschaftlichen und sozialen Erfordernissen Rechnung tragende Lösung dieser Fragen das Gemeinwohl auf das stärkste berührt".[1)]

Schon daraus ergibt sich ganz allgemein, daß die Koalitionen beim Abschluß von Tarifverträgen nicht nur die Interessen ihrer Mitglieder verfolgen, sondern gleichzeitig Funktionen ausüben, die über die unmittelbare Interessenvertretung hinausgehen.

Bei näherer Betrachtung sind es zwei spezifische Wirkungen der Tarifverträge, die ihren Abschluß vom Standpunkt der Allgemeinheit so wertvoll machen.

---

1) Nikisch II, § 60 I 2 S.45; ähnlich schon Sinzheimer, Arbeitsrecht, S.46: "Die Koalitionen bestehen nicht nur um ihrer selbst willen, sondern nehmen zugleich allgemeine soziale Zwecke wahr".

Den Tarifverträgen kommt zunächst eine O r d n u n g s - u n d F r i e d e n s - f u n k t i o n zu.

Die Tarifpartner schaffen durch die Tarifverträge eine über die Regelung der einzelnen Arbeitsverhältnisse hinausgehende allgemeine Ordnung.[1] Diese gilt de iure zwar weitgehend nur für ihre Mitglieder (§§ 3 I, 4 I TVG), de facto[2] aber für den ganzen Wirtschaftsbereich, weil die Arbeitgeber die tarifvertraglich vereinbarten Leistungen auch den nichtorganisierten Arbeitnehmern gewähren.[3] Die Folge ist eine Vereinfachung des Abschlusses, der Durchführung und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen und die Verhinderung von "Schmutzkonkurrenz auf beiden Seiten".[4]

---

1) BVerfGE 4,96(107); 18,18(27); BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB (Gratifikation) mit zust. Anm. von Biedenkopf; Biedenkopf, Tarifautonomie, S.77; Herschel, JZ 65,81(86); Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG,§ 1 Anm. 156; Nipperdey, Festschrift für Möhring, S.88 ff.; Hueck-Nipperdey I, § 7 III S.30; Kunze, BB 64,1311(1315); Reuss, RdA 64,362 (363); Galperin, Festschrift für Molitor, S.144(153); Krüger, Gutachten, S.43; Siebert, 1.Festschrift für Nipperdey, S.119(122); Weber, Verfassungsproblem,S.19; Leibholz, RdA 66,281(286); speziell von Arbeitnehmerseite: Leber, RdA 62,18 ff.; Deist, Gewerkschaften als Ordnungsfaktor, S.256 ff.; speziell von Arbeitgeberseite: Erklärung des Zentralverbandes des Baugewerbes, RdA 62,148; Wiesbadener Erklärung der Bauwirtschaft, zit. nach Pitzer/lenz, AuR 64,300 (301 FN 2).

2) Zur rechtlichen Erstreckung auf Nichtmitglieder s.S. 103.

3) Ob die Gewerkschaften dies den Arbeitgebern durch die Vereinbarung von sog. Tarifausschlußklauseln verwehren können, ist streitig. Dagegen z.B. BAG AP Nr.13 zu art. 9 GG (Großer Senat).

4) Siebert, 1.Festschrift für Nipperdey, S.119(122)

Die mit der Ordnungsfunktion verbundene Friedensfunktion hat eine rechtliche und eine tatsächliche Seite.

Ihr rechtlicher Aspekt ist die Friedenspflicht der Tarifpartner; sie besteht ohne besondere Vereinbarung und ist dem Tarifvertrag immanent.[1] Das jeweils erfolgende Verhandeln auf gleicher Ebene dient aber auch rein faktisch dem Abbau der noch bestehenden, auf den Klassenunterschieden beruhenden sozialen Spannungen und damit der Verhinderung oder Beendigung von Arbeitskämpfen.[2]

Die Tarifpartner schaffen deswegen mit den Tarifverträgen die für eine stetige wirtschaftliche Entwicklung erforderliche Ruhe und Ordnung, was im Interesse von Arbeitgebern, Arbeitnehmern und der gesamten Volkswirtschaft liegt.[3]

Den Tarifverträgen kommt außerdem eine s o z i a l e S c h u t z f u n k t i o n zugunsten der Arbeitnehmer zu.[4]

---

1) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 1, 1o7.

2) Krüger, Gutachten, S.42; Herschel, JZ 65, 81; Hueck-Nipperdey II/1, § 15 III S.238, will darin sogar ein ethisches Element im Arbeitsleben sehen.

3) Schnorr, von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S.60; Siebert, 1. Festschrift für Nipperdey, S.119 (122).

4) Siebert, 1. Festschrift für Nipperdey, S.119 (122); Ramm, JuS 66, 223 (229); Söllner, AuR 66, 257; Stinglwagner, Tariffähigkeit, S. 104; LAG München, BB 53, 1062; s.a. BAG AP Nr.54 zu § 611 BGB (Gratifikation); Biedenkopf, Tarifautonomie, S.75.

Solange es keine Tarifverträge gab, hat sich gezeigt, daß der einzelne Arbeitnehmer bei der Aushandlung des Arbeitsvertrages dem Arbeitgeber unterlegen war und deswegen nur ungünstige Bedingungen erzielen konnte.[1)]

Seit die Arbeitnehmer dagegen in Gemeinschaft den Arbeitgebern gegenübertreten, können sie angesichts der ihren Zusammenschlüssen zustehenden Möglichkeiten ihre sozial schwächere Lage ausgleichen; damit bieten die Verhandlungen eine größere Gewähr dafür, zu einem gerechteren Ergebnis zu führen..

Es ist nun aus den verschiedensten Gründen schädlich, wenn die Ergebnisse der Volkswirtschaft offensichtlich ungleich verteilt werden. Das Interesse der Allgemeinheit an den Tarifverträgen beruht deswegen auch darauf, daß mit ihnen das Prinzip verbandsmäßiger Lohngestaltung verwirklicht wird und dieses Prinzip, unterstützt durch die unabdingbare Wirkung der Tarifverträge, eine gewisse Gewähr für einen sozialen Ausgleich bietet.

b) Ihre Ausprägung im einfachen Recht

Diese soziale Ordnungsfunktion hat ihren Ausdruck auch in konkreten gesetzlichen Regelungen gefunden.

Das zeigt sich dort, wo den Koalitionen als Trägern der Tarifautonomie die Befugnis zu

---

1) s.S. 77 ff.

Regelungen eingeräumt wird, die sich der Qualifizierung als reine Interessenvertretung für die Mitglieder weitgehend entzieht.

In diesem Rahmen ist zunächst und vor allem die Einrichtung der sogenannten "tarifvertragsdispositiven"[1] Gesetzesbestimmungen zu sehen.

Als tarifvertragsdispositiv bezeichnet Küchenhoff[2] Bestimmungen, die gegenüber dem einzelnen zwingend, durch Tarifvertrag dagegen abdingbar sind, wie zum Beispiel § 13 BUrlG und § 7 AZO[3]. Mit ihnen hat der Gesetzgeber den Tarifpartnern die Möglichkeit gegeben, die soziale Ordnung, die er mit seiner Regelung erreichen wollte, für ihren Tarifbereich abzuändern und den dort herrschenden besonderen Voraussetzungen und Bedürfnissen anzupassen.[4]

Daß die Betätigung der Koalitionen in diesen Fällen mehr einer sozialen Ordnungsfunktion dient, zeigt sich darin, daß zumindest in diesen Fällen das Günstigkeitsprinzip nicht gilt; die tarifliche Regelung kann im Verhältnis

---

1) Küchenhoff, RdA 59, 201 (205).
2) Ebda.
3) Auch die von der Rechtsprechung gefundenen Interessenabwägungen können "tarifvertragspositiv" sein, z.B. BAG AP Nr.54, 57 zu § 611 BGB (Gratifikation).
4) Nikisch, JZ 66, 778 (779); Zmarzlik, AZO, § 7 Rdr. 1, 2; Hueck-Nipperdey II/1, § 3 V S.48, § 19 C S.395; Herschel, DB 67, 245 (247).

zur gesetzlichen auch ungünstiger sein.[1] Vom Standpunkt der Interessenvertretung läßt sich diese Regelung nicht recht erklären; denn warum sollte es den Koalitionen möglich sein, für ihre Mitglieder günstige Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, auf die diese nicht verzichten können, zu verschlechtern.

Weiterhin ist hier die Befugnis der Koalitionen zu erwähnen, auch Regelungen für Nichtmitglieder zu treffen, wie zum Beispiel nach § 3 II TVG.[2] Dabei handelt es sich zwar kaum noch um eine durch Art. 9 III GG garantierte Befugnis, weil Art. 9 III GG nur Regelungen mit Wirkung für die Koalitionsmitglieder gewährleistet; hier liegt vielmehr eine gesetzgeberische Delegation vor.[3]

Gerade deswegen zeigt dieser Fall aber deutlich, daß der Gesetzgeber den Tarifverträgen auch eine Rolle für die soziale Ordnung des Arbeitslebens zugedacht hat.[4]

---

1) Es mag dahingestellt bleiben, ob sonst allgemein im Verhältnis von Gesetz- und Tarifvertrag das Günstigkeitsprinzip gilt; dazu ausführlich Biedenkopf, Tarifautonomie, S.169 ff.

2) Ausführlich zu dieser Repräsentation aller Arbeitnehmer durch die Arbeitnehmer-Koalitionen, Gamillschegg, Differenzierung, S.36 ff.

3) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 310 ff. ; Hueck-Nipperdey II/1, § 23 III FN 20 a S.483; Herschel, Festschrift für Bogs, S.125 (126).

4) s.a. Dellmann, AuR 67, 140 (142); Galparin, AuR 65, 1 (8); Söllner, AuR 66, 257 (261).

c) Folgerungen für die Voraussetzungen der Tariffähigkeit

Welche Möglichkeiten sich daraus für den Gesetzgeber bei der Regelung der Tariffähigkeit ergeben, insbesondere, ob er unter diesem Gesichtspunkt die Streikbereitschaft fordern darf, hängt davon ab, in welchem Maße die Koalitionen dieser sozialen Ordnungsfunktion genügen müssen.

Sicherlich wird man die Voraussetzungen der Tariffähigkeit nicht danach bestimmen dürfen, daß die tariffähigen Verbände in der Lage sein müssen, eine soziale Ordnung zu gewährleisten. Denn den Koalitionen obliegt keine Rechtspflicht, diese Funktion zu erfüllen; auch in diesem Zusammenhang bleibt die Garantie der Tariffähigkeit Ausfluß eines Freiheitsrechts und jede Koalition kann über Art und Umfang ihrer Aktivität frei entscheiden.[1] Der Auferlegung einer solchen Pflicht wäre es aber gleichzusetzen, wenn die Merkmale der Tariffähigkeit an der lückenlosen Erfüllung der sozialen Ordnungsfunktion auszurichten wären..

Eine Beschränkung der Koalitionsgarantie durch Aufstellung von zusätzlichen Merkmalen muß jedoch insoweit möglich sein, als sie erforderlich und verhältnismäßig ist, um zu gewährleisten, daß die abgeschlossenen Tarifverträge der Herstellung solcher Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht schaden; der Gesetzgeber wird d i e Koalitionen von der Ta-

1) Es gibt z.B. keine Pflicht zum Abschluß eines Tarifvertrages; s.a. Nikisch II, § 89 I S.519.

riffähigkeit ausnehmen können, die nach ihrer Struktur und Verfassung die Herstellung einer sozialen Ordnung nur gefährden oder gar hindern können.

Das ist auch die Meinung des BVerfG in seiner Entscheidung vom 18.November 1954.[1] [2]

Zwar spricht das BVerfG dort zunächst[3] etwas mißverständlich von einem wenn auch beschränkten Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Regelung der Tariffähigkeit.[4] In den weiteren Erörterungen wird jedoch der wirkliche Standpunkt des Gerichts bald klar.

So überprüft es die nach Meinung des LAG Bayern vorliegende gesetzliche Regelung der Tariffähigkeit nicht darauf, ob bei ihrem Erlaß ein Ermessensfehler des Gesetzgebers mitgewirkt hat; es stellt vielmehr darauf ab, ob der nach Meinung des LAG erfolgte Ausschluß bestimmter Koalitionen von der Tariffähigkeit deswegen zulässig war, weil sich aus einer Berücksichtigung dieser Koalitionen im Rahmen der Tariffähigkeit "erhebliche (!) Störungen einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens", insbesondere hinsichtlich Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, ergeben würden. Diese Einschränkung wäre unverständlich wenn dem Gesetzgeber eine Regelung nach seinem Ermessen überlassen sein sollte; sie wird nur verständlich, wenn jede Regelung als ein Eingriff

---

1) BVerfGE 4, 96 ff.

2) Ihm folgen insoweit BAGE 12, 184 (189); Reuss, RdA 64, 362 (363); Nikisch II, § 60 III S.61 f.; Herschel, JZ 65, 81 (86).

3) BVerfGE 4, 96 (1o7).

4) BVerfGE 4, 96 (1o8).

in ein grundrechtsartig gewährtes Betätigungsrecht aufgefaßt wird.

Allein diese Auffassung ist auch dogmatisch haltbar.

Das BVerfG ist bei seiner Argumentation zu Recht davon ausgegangen, daß ein Tarifvertragssystem als Rechtseinrichtung nur in einem Kernbereich garantiert sein kann, während die konkrete Ausgestaltung dem einfachen Gesetzgeber überlassen ist.

Weil dieses Tarifvertragssystem aber der Entfaltung des Betätigungsrechts der Koalitionen zu dienen bestimmt ist, kann die Regelung der Tariffähigkeit, also die Frage des Zugangs zu dem Rechtsinstitut, nicht allein als Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts, zu der dem Gesetzgeber ein nur in einem Kernbereich begrenzter Ermessensspielraum zur Verfügung stehen würde, angesehen werden.

Die Frage der Tariffähigkeit ist auch und vor allem eine Frage des verfassungsrechtlichen Betätigungsrechts der Koalitionen.[1)]

Sobald es um die Einschränkung des Grundrechts einer einzelnen Person oder eines Verbandes geht, kann die Beeinträchtigung nicht mehr im Ermessen des Gesetzgebers stehen. Anderenfalls wäre die Betätigungsgarantie nur nach Maßgabe des Ermessens des einfachen Gesetzgebers gewährleistet; das aber wäre mit dem Wesen eines Grundrechts, dessen Umfang allein durch die Verfassung bestimmt wird und zu des-

---

1) s.a. Weber, BB 64, 764 (766); Knopp, DB 66, 1929 (1931).

sen Beschränkung der Gesetzgeber nur nach Maßgabe der Verfassung befugt ist, nicht vereinbar.

Deswegen kommt es hier darauf an, ob die Streikbereitschaft der Arbeitnehmerverbände erforderlich ist, damit die von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge die Herstellung einer sozialen Ordnung nicht gefährden oder gar hindern.

Auf den ersten Blick ist erkennbar, daß die Bereitschaft zum Streik nicht für die Herstellung einer formellen Ordnung des Arbeitslebens durch Tarifverträge erforderlich ist. Diese Funktion erfüllen die von wirtschaftsfriedlichen Verbänden abgeschlossenen Tarifverträge ebensogut wie die der kampfbereiten Koalitionen.

Aber auch für den sozialen Schutzaspekt der sozialen Ordnungsfunktion ergibt sich nichts anderes; denn Koalitionen, die die soziale Schwäche ihrer Mitglieder, wenn auch nur teilweise, ausgleichen und damit für diese bessere Arbeitsbedingungen erreichen, hindern oder gefährden nicht die Herstellung

---

1) s.a. Biedenkopf, Tarifautonomie, S.148 FN 146.

2) Unter diesem Gesichtspunkt hat z.B. BVerfGE 4,96 ff. es für zulässig erachtet, den gemischt-beruflichen (Arbeitgeber-) Organisationen die Tariffähigkeit vorzuenthalten; von ihren Tarifverträgen sei, so meinte es zur Begründung, eine erhebliche Störung der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens zu erwarten.

sozialer Verhältnisse; sie fördern sie vielmehr. Im Zweifel ist gerade beim Abschluß von Tarifverträgen die Position wirtschaftsfriedlicher Verbände noch am besten, weil auch die Arbeitgeber ein großes Interesse am Abschluß von Tarifverträgen haben; nur diese gewährleisten die Ordnung, von der auch sie Nutzen haben.[1)]

Ob die Streikbereitschaft erforderlich wäre, wenn die Koalitionen den sozialen Schutz ihrer Mitglieder gewährleisten müßten, kann demgegenüber dahingestellt bleiben; diese Pflicht haben die Koalitionen auch unter dem Gesichtspunkt ihrer sozialen Ordnungsfunktion nicht.

Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Tariffähigkeit nicht deswegen von der Streikbereitschaft abhängig machen darf, weil den Koalitionen beim Abschluß von Tarifverträgen eine soziale Ordnungsfunktion zukommt.

4. Art. 9 III GG als Organisationsnorm

Bei den bisherigen Überlegungen wurde davon ausgegangen, daß die verfassungsrechtliche Garantie der Koalitionen und ihrer Betätigung in der Form des Grundrechts erfolgt. Dementsprechend wurde die Regelung des § 2 I TVG als Einschränkung des Grundrechts der Koalitionen aus Art. 9 III GG angesehen und den allgemein für die Beschränkung von Grundrechten geltenden Regeln unterstellt.

---

1) s.a. Hueck-Nipperdey II/1, § 14 II S.235; Ramm, Kampfmaßnahmen, S.118; s.auch S.91 f.

Gegen die Qualifizierung des Art. 9 III GG als eines bloßen Grundrechts für die Koalitionen werden in neuerer Zeit zunehmend Bedenken erhoben. So haben insbesondere Rüthers[1] und Scheuner[2] darauf hingewiesen, daß man der Bedeutung des Art. 9 III GG für den gesamten Wirtschafts- und Staatsaufbau nicht gerecht werde, wenn man die Koalitionsfreiheit im Sinne eines "klassischen liberalen Freiheitsrechts" auffasse. Sie meinen, durch Art. 9 III GG solle auch eine bestimmte Ordnung wirtschaftlich-sozialer Integration konstituiert werden; in dieser Bestimmung sei das organisatorische Prinzip des Arbeits- und Soziallebens niedergelegt und Art. 9 III GG enthalte deswegen eine verfassungsgesetzliche Organisationsnorm für diesen entscheidenden Bereich der modernen Staatswirklichkeit.[3]

Bei dieser Deutung schaffte die Bestimmung des Art. 9 III GG neben der Sicherung eines individuellen Freiheitsrechtes zugleich ein gesellschaftliches Strukturprinzip. In Art. 9 III GG fände sich damit neben der Begründung eines negativen Statusrechts des einzelnen und der Koalition die Garantie einer bestimmten Bauform, in der ein wichtiges Gebiet des Gesellschaftlichen angelegt sein soll.[4]

---

1) Rüthers, Streik, S.27,33,34; ders., RdA 68,161(167 ff.); ders., AuR 67,129(133);

2) Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.29(36 ff.).

3) Zustimmend Schnorr, Festschrift für Molitor, S.229(234 ff.); Huber II, S.381; Wlotzke, RdA 63,1(49).

4) Rüthers, Streik, S.34.

Daraus würde für die Regelung der Tariffähigkeit folgen, daß sie nicht bloß als die positiv-rechtliche Ausgestaltung einer Grundrechtsausübung, sondern zugleich als die Normierung der durch Art. 9 III GG angeordneten Wirtschafts- und Sozialordnung angesehen werden müßte. Bei der gesetzlichen Regelung dieses Bereichs könnte dem Gesetzgeber ein Ermessensspielraum zustehen, wie er ihn allgemein sonst im Bereich der Sozialordnung hat. Dieser würde es ihm unter Umständen erlauben, über den Koalitionsbegriff hinausgehende, für die Herstellung einer sozialen Ordnung erforderliche Voraussetzungen für die Tariffähigkeit aufzustellen, wie das bei der Anordnung der Streikbereitschaft der Fall sein könnte.[1)]

Es kann hier zunächst offen bleiben, ob Art. 9 III GG wirklich diese Organisationsnorm enthält.[2)] Mit der Annahme einer solchen

---

1) Mayer-Maly (Anm. zu BAG AP Nr.25 zu § 2 TVG) zeigt die Konsequenzen einer solchen Auffassung an einem anderen Beispiel auf. Bei ihm geht es um die Frage, ob die Tariffähigkeit auf mitgliederstarke Verbände beschränkt werden kann. In diesem Zusammenhang verweist er auf § 3 Abs. I Ziff. 2 lit. c des österreichischen Kollektivvertragsgesetzes, wonach kollektivvertragsfähig nur die Verbande sind, denen "vermöge der Zahl ihrer Mitglieder und des Umfangs ihrer Tätigkeit wirtschaftlich eine maßgebliche Bedeutung zukommt". Diese Beschränkung, so bemerkt er, sei dort zwanglos möglich, da das Tarifrecht in Österreich in erster Linie als Instrument gesamtwirtschaftlicher Ordnungspolitik aufgefaßt werde und dafür nur bei verantwortlich handelnden Großverbänden eine gewisse Gewähr bestehe. Zu der wesentliche schwierigeren Problematik im deutschen Recht siehe noch Zöllner, SAE 69,140.

2) Gegen die Annahme einer Organisationsnorm unter eingehender Darlegung der Frage z.B. Abel, Institutionelle Garantien, S.80; Lerche, Übermaß, S.241 FN 336.

Organisationsnorm wäre für die Verfassungsmäßigkeit des § 2 I TVG noch nichts Endgültiges gewonnen. Ließe die Organisationsnorm nämlich den Umfang der grundrechtlichen Gewährleistung unberührt und schaffte sie dazu nur einen zusätzlichen Garantiegehalt, so stände die Regelung des § 2 I TVG auch bei Annahme einer solchen Organisationsnorm im Gegensatz zu Art. 9 III GG. Etwas anderes ergäbe sich nur dann, wenn das Grundrecht der Koalitionen dem durch die Organisationsnorm geschaffenen Rechtskreis untergeordnet wäre und damit durch dessen Umfang begrenzt würde.

Es läßt sich keine für alle Fälle geltende Antwort auf die Frage geben, in welchem Verhältnis Grundrecht und Organisationsnorm stehen, wenn sie gleichzeitig in einer Norm enthalten sind. Denn es besteht einmal die Möglichkeit, daß die eine Garantieform der anderen untergeordnet ist - sei es, daß das Grundrecht durch die Organisationsnorm beschränkt wird, sei es, daß die Organisationsnorm als eine Konnex- oder Komplementärgarantie zu dem Grundrecht anzusehen ist; zum andern bestehen keine Bedenken, beide Gewährleistungen gleichberechtigt nebeneinander zu stellen, weil sie zwei sich nicht ausschliessende Garantiefunktionen erfüllen.[1] Das Verhältnis der beiden Garantieformen läßt sich vielmehr nur im Hinblick auf Sinn und Zweck der konkreten Verfassungsbestimmung ermitteln.[2]

---

1) Dazu C.Schmitt, HBDStR II, S.572(596); ders., Freiheitsrechte, S.10; Klein, Institutionelle Garantien, S.187.

2) So Rüthers, Streik, S.36.

Soweit im Zusammenhang mit Art. 9 III GG die dort enthaltene Organisationsnorm behandelt wird, wird auf das Verhältnis zwischen dem Grundrecht und der Organisationsnorm entweder nicht eingegangen[1] oder die Frage wird ausdrücklich offengelassen.[2] Nur Scheuner[3] erweckt den Eindruck, daß er eine Unterordnung des Grundrechts aus Art. 9 III GG unter die Organisationsnorm annehmen möchte, wenn er davon spricht, daß sich das subjektive Recht der Koalitionen der objektiven, durch die Organisationsnorm bestimmten Rechtsposition anpassen muß und anpaßt.

Gegen die Einschränkung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit über eine gleichzeitig in Art. 9 III GG enthaltene Organisationsnorm dürften jedoch erhebliche Bedenken bestehen.

Es ist sicherlich richtig, daß heute eine Ordnung des Arbeits- und Soziallebens besteht, die auf den Koalitionen und damit mittelbar auf der Koalitionsfreiheit aufbaut. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit insoweit einen wirtschaftsorganisatorischen Funktionsgehalt zuzuerkennen.[4]

Daraus läßt sich aber keinesfalls herleiten, daß das Grundrecht nur noch im Rahmen dieser

---

1) So z.B. die S.109 FN 3 Genannten.

2) So Rüthers, Streik, S.36.

3) Scheuner, Koalitionsfreiheit, S.29(39).

4) Diesen Aspekt des Art. 9 III GG neben dem Grundrecht herauszustellen, ist wohl das wesentliche Anliegen der Vertreter dieser Richtung. Zu der heutigen Tendenz, Grundrechte in ihrem gesamtgesellschaftlichen Bezug darzustellen, s.a. Weber, Der Staat, 1965,409(438).

wirtschaftsorganisatorischen Funktion gewährleistet ist. Dürig[1] hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die soziale Funktion einer Grundrechtsbetätigung nicht ihr eigentlicher Zweck, sondern die Folge, das "Nebenprodukt", des allein kausalen, individuellen Grundrechts sei. Wenn Art. 9 III GG das Recht gewähre, Koalitionen zu bilden, so schütze er deswegen die Koalitionen und ihre Betätigung. Die öffentlichen Funktionen der Koalitionen seien nicht Grund, sondern nur Folge dieses Schutzes.[2]

Es kann hier letztlich offenbleiben, ob Art. 9 III GG eine Reflex- oder Konnexnorm für den gesamtgesellschaftlichen Raum entnommen werden kann. Es ist jedenfalls ausgeschlossen, diesen wirtschaftsorganisatorischen Gehalt des Art. 9 III GG dem Betätigungsrecht der Koalitionen überzuordnen und daraus zu folgern, daß das Grundrecht nur noch nach Maßgabe der Organisationsnorm gewährleistet ist. Damit würde das Grundrecht zur Organisationsnorm und die Nebenfolge des Art. 9 III GG zu seiner Hauptwirkung.[3] [4]

Das schließt natürlich nicht aus, daß der Inhalt des Grundrechts und der Umfang der gesetzgeberischen Regelungsmöglichkeiten nicht

---

1) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 III Rdr.98.

2) Zustimmend Richardi, Kollektivgewalt, S.74.

3) Dürig aaO spricht anschaulich von einer "Institutionalisierung" der Grundrechte.

4) Beispielhaft Ridder (Grundrechte II, S.243(250 ff.)) für Art. 5 I 2 GG: Das Grundrecht der Pressefreiheit wird wegen seiner Bedeutung für die öffentliche Willensbildung zur institutionellen Garantie "Freie Presse"; das Nähere (auch hinsichtlich der Grundrechtsausübung!) regelt wie in Art. 21 GG ein Bundesgesetz.

ohne Berücksichtigung der öffentlichen Funktionen eines Grundrechts gesehen werden können und sich insofern möglicherweise gewisse Folgen aus der sozialen Relevanz eines Grundrechts ergeben können.[1] Die Lehre von einer institutionellen Bedeutung des Art. 9 III GG läßt sich aber nicht dazu verwenden, den Gehalt dieses Grundrechts auf einen Kernbereich zu beschränken und dem Gesetzgeber auf diese Weise einen Ermessensspielraum bei der Regelung der Tariffähigkeit zu gewähren.

5. Die Delegationstheorie

Als Umstand, aus dem sich ein Regelungsspielraum des einfachen Gesetzgebers ergeben könne, wird schließlich noch verschiedentlich[2] der Normcharakter der tarifvertraglichen Bestimmungen herangezogen.

Diese sogenannte Delegationstheorie weist zu Recht darauf hin, daß der Gesetzgeber durch die §§ 1 I, 4 I TVG den Bestimmungen der Tarifverträge den Charakter von Gesetzen im materiellen Sinn zuerkannt habe. Das bedeute, so meinen die Vertreter dieser Theorie, daß sich der Staat durch das TVG eines Teils seiner ursprünglichen Rechtssetzungsbefugnisse begeben habe. Denn die Normsetzung sei ausschließlich Recht des Staates, das durch

---

1) Ein Beispiel dafür ist die Berücksichtigung der sozialen Ordnungsfunktion der Tarifverträge bei der Regelung der Tariffähigkeit. Die Regelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers sind nur unterschiedlich bei den verschiedenen Ansatzpunkten.

2) BAGE 1,264; 4,250; Nikisch II, § 60 I 2 S.46, § 69 II 4 S.216; Krüger, RdA 57,201; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 3 II 1 S.22, § 18 III 2 S.263.

den einfachen Gesetzgeber ausgeübt werde[1], wenn die Koalitionen materiell als Gesetzgeber aufträten, könne dies nur darauf beruhen, daß der Staat seine Normsetzungsbefugnis den Koalitionen im Wege der Delegation übertragen habe. Da dem Staat aber nicht gleichgültig sein könne, zu wessen Gunsten er sich seiner Normsetzungsbefugnis begebe, könne er allein schon aus diesem Grunde besondere Voraussetzungen für die Tariffähigkeit aufstellen.[2]

So schlüssig dieses Argument zu sein scheint, so ist es doch nicht ohne Schwächen.

---

1) So grundlegend Jacobi, Arbeitsrecht, S.78 FN 11 und Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 43 I; beide gehen davon aus, daß es sich dabei nicht um eine begriffliche Notwendigkeit handele, sondern dies auf der geschichtlichen Entwicklung, die durch die Zunahme der Macht des Staates gegenüber den Befugnissen der innerstaatlichen Gemeinschaften und Korporationen gekennzeichnet sei, beruhe.

aA insbesondere Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht I, S.112 ff., der nach der von ihm vertretenen genossenschaftlichen Rechtstheorie der Auffassung ist, jede organisierte Gemeinschaft sei in der Lage, für ihren Bereich objektives Recht zu setzen; gegen die Anwendbarkeit dieser Theorie für das moderne Arbeitsrecht insbesondere Sieg, AcP 151, 246 (252) und Galperin, Festschrift für Molitor, S.143 (155).

s.a. BVerfG, NJW 52, 337; Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil, S.20.

2) BVerfGE 4, 96 (108) erklärt zwar die Rechtssetzungsbefugnis der Koalitionen mit der Delegationstheorie, zieht daraus jedoch keinerlei Konsequenz für eine Regelungsbefugnis des Gesetzgebers.

Biedenkopf[1] hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht, daß zur echten Delegation einer Normsetzungsbefugnis auch das Recht des Staates gehöre, den betreffenden Lebensbereich selbst regeln zu können.[2] Diese Befugnis stehe dem Staat aber im Hinblick auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht zu, weil das Grundgesetz in Art.9 III GG den Koalitionen die Tarifautonomie garantiert habe. Eine Delegation der üblichen Art liege also nicht vor.

Im wesentlichen hat sich nur Nikisch[3] mit diesem Argument auseinandergesetzt. Dabei räumt er zunächst ein, daß der Gesetzgeber den Koalitionen ein ihm nicht zustehendes Recht, den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen normativ zu regeln, auch nicht übertragen konnte. Er meint dann aber, die Delegationstheorie in ihrem Kern mit der Begründung aufrechterhalten zu können, daß den Gesamtvereinbarungen der Koalitionen nur wegen des Tarifsvertragsgesetzes die normative Wirkung zukomme und daß auch darin eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen durch den Gesetzgeber liege.[4]

---

1) Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 104; s.a. Molitor, AR-Blattei, Tarifvertrag I B, Anm. zu Entsch.1; Weber, Verfassungsproblem, S.24 f.

2) Das will das BAG AP 4, 16 zu Art. 3 GG annehmen: Der einfache Gesetzgeber hat mit dem TVG den Koalitionen eine Aufgabe übertragen, zu deren Erledigung er befugt war und trotz der Ermächtigung befugt bleibt.

3) Nikisch II, § 60 I 2 S.46.

4) s.a. Schnorr, JR 66, 327.

Diese Meinung setzt voraus, daß der Staat Inhaber des Rechtsetzungsmonopols ist, daß den Vereinbarungen der Koalitionen der Normcharakter nur nach einem entsprechenden gesetzgeberischen Akt zukommt und daß diese Übertragung im Ermessen des Gesetzgebers steht. Das aber ist eben zweifelhaft.

Keineswegs abwegig ist die Überlegung, daß den Koalitionen gleichzeitig mit dem Betätigungsrecht auf dem Gebiet der Tarifautonomie die Befugnis zum Abschluß von Tarifverträgen mit normativer (!) Wirkung, das heißt die Befugnis zur Normsetzung, unmittelbar gewährt sein kann. Die Normsetzungsbefugnis beruhte dann nicht auf einer Delegation durch den einfachen Gesetzgeber; sie stände vielmehr gleichberechtigt neben der Normsetzungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers, weil sie auf derselben Grundlage beruhte wie diese: der Verfassung.[1)]

Nach dieser Meinung stellt sich das Tarifvertragsgesetz also nicht als eine Delegation staatlicher Normsetzungsbefugnis durch den einfachen Gesetzgeber, sondern als die kon-

---

1) So z.B. Biedenkopf, Tarifautonomie, S.104; Galperin, Festschrift für Molitor, S.143 (156); Weber, Verfassungsproblem, S.24; so jetzt auch Hueck-Nipperdey II/1, § 3 II S.28, wenn er von verfassungsrechtlicher Delegation spricht.

s.a. Kunze, BB 64, 1311 (1313); Herschel, Festschrift für Bogs, S. 125 (130 ff.); Hoffmann, GMH 66, 151; Knopp, DB 66, 1929 (1930).

krete Ausgestaltung einer bestehenden, verfassungsbegründeten Normsetzungsbefugnis dar.[1)]

Sieht man das Tarifvertragsgesetz so, dann besteht für ein gesetzgeberisches Ermessen bei der Ausgestaltung der Tariffähigkeit kein Raum, weil die Aufgabe des Gesetzgebers allein darin besteht, die verfassungsrechtlich begründete Normsetzungsbefugnis der Koalitionen konkret auszugestalten.

Wenn man sich dazu aber nicht verstehen sollte und damit konkludent ein Rechtsetzungsmonopol des Staates anerkennen würde, das in einem Teilbereich auf die Koalitionen übertragen worden wäre[2)], so könnte man zwar formell von einer Delegation - sie läge in der Verleihung des Normcharakters - sprechen.

Aber auch in diesem Fall ergäbe sich kein nennenswerter Spielraum für den Gesetzgeber. Immerhin ist nicht zu übersehen, daß der Staat wegen Art.9 III GG und des historisch gewachsenen Rechtes der Koalitionen zum Abschluß von Tarifverträgen zu dieser Delegation verpflichtet ist. Es wäre also auch bei

---

1) Es mag dahinstehen, ob man dann die Gewährleistung der Tarifautonomie und des Tarifvertrages in Art.9 III GG als eine konstitutive Gewährung dieses Rechtsinstituts oder nur als deklaratorische Anerkennung eines vorverfassungsrechtlichen Rechtszustandes ansehen soll; für letzteres Herschel, Referat S.16; ders., Festschrift für Bogs, S. 125 (131); Kunze, BB 64, 1311 (1313).

2) so BVerfGE 4, 96 (106); Nikisch II, § 60 I 2 S.44; § 69 II 4 S.216.

dieser Meinung nicht so, daß der Staat frei über die Übertragung seiner Normsetzungsbefugnis entscheiden könnte; vielmehr hätte er mit dem Erlaß des Tarifvertragsgesetzes nur eine verfassungsrechtliche Pflicht erfüllt.[1)]

Kommt der Staat mit dem Erlaß eines Tarifvertragsgesetzes aber nur seiner Verpflichtung nach, den Koalitionen eine Betätigung auf dem Tarifsektor zu ermöglichen, so kann ihm dabei nicht die Befugnis zustehen, unter den Koalitionen bestimmte auszuwählen.

Aus der Tatsache, daß den Koalitionen unmittelbar oder mittelbar über Art. 9 III GG Rechtsetzungsbefugnisse verliehen werden, läßt sich also auch keine Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers im Hinblick auf die Tariffähigkeit herleiten.

6. Ergebnis

Damit ergibt sich, daß der einfache Gesetzgeber den wirtschaftsfriedlichen Koalitionen die Tariffähigkeit nicht vorenthalten darf; ihr Ausschluß von der Tariffähigkeit ist ein Eingriff in das ihnen nach Art. 9 III GG zustehende Grundrecht, zu dem der Gesetzgeber nicht berechtigt ist.

Daraus folgt, daß § 2 I TVG in der oben gefundenen Auslegung gegen Art. 9 III GG verstößt.

---

1) Biedenkopf, Tarifautonomie, S.104; Wlotzke, RdA 63,1 (50).

IV. Die verfassungskonforme Auslegung des § 2 I TVG

Bevor nun festgestellt werden kann, daß § 2 I TVG wegen Verstoßes gegen Art. 9 III GG verfassungswidrig und damit nichtig ist, bleibt zu prüfen, ob er nicht wenigstens im Wege der verfassungskonformen Auslegung auch auf wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerverbände erstreckt und so der Widerspruch zu Art. 9 III GG beseitigt werden kann.

Mit verfassungskonformer Auslegung wird ein vor allem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickeltes Interpretationsverfahren bezeichnet, wonach eine gesetzliche Bestimmung immer so auszulegen ist, daß sie mit den Grundsätzen und Regeln der Verfassung in Einklang steht. Nach ihr soll bei mehreren Möglichkeiten zur Auslegung eines Gesetzes diejenige maßgeblich sein, bei der die gesetzliche Regelung im Einklang mit der Verfassung steht.[1) 2)]

Eine Grenze soll nur insoweit gelten, als eine gesetzliche Bestimmung bei üblicher Auslegung eindeutig ist oder durch eine verfassungskonforme Auslegung Ziel und Zweck der gesetzgeberischen Regelung in einem wesentlichen Punkt verfälscht würden.[3) 4)]

---

1) So BVerfGE seit E 2,226 (282) in ständiger Rechtsprechung.

2) Zustimmend auch die Verfassungsgerichte der Länder und die anderen Bundesgerichte, Nachweise bei Burmeister, Verfassungsorientierung, S.3 FN 2,3.

3) BVerfGE 8,28 (34).

4) Die Frage, ob und in welchem Maße dabei der tatsächliche Wille des Gesetzgebers berücksichtigt werden darf oder muß, soll hier offenbleiben. Dazu z.B. Michel, Jus 61,274, und Eckardt, Verfassungskonforme Gesetzesauslegung, S. 49 ff.

Der methodische Ansatz der verfassungskonformen Auslegung ist allerdings noch nicht ganz geklärt. Dafür bestehen im wesentlichen zwei Möglichkeiten.

Entweder sieht man die verfassungskonforme Auslegung als eine neue selbständige Interpretationsmethode an. Ihr Grundprinzip besteht dann darin, daß jede Norm im Zusammenhang mit der Verfassung ausgelegt wird und auf diese Weise die Regelungen der Verfassung zur Ermittlung des Gesetzesinhaltes herangezogen werden. Das Besondere dieser Methode liegt dann noch darin, daß das auf diese Weise gefundene Ergebnis vorrangig gegenüber den Deutungen, die mit den üblichen Interpretationsmethoden erzielt werden, ist.[1)]

Oder man legt das Gesetz nach den herkömmlichen Regeln aus und erklärt bei unterschiedlichen verfassungsmäßigen und verfassungswidrigen Deutungsergebnissen die Interpretationsmethode im konkreten Fall für maßgeblich, die eine verfassungskonforme Auslegung ermöglicht. So gesehen ist die verfassungskonforme Auslegung ein Mittel, um die in einem Einzelfall anzuwendende Auslegungsmethode zu ermitteln.[2)]

Das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung wurde zunächst auch von der Lehre "mit einer in der Diskussion um hermeneutische

---

1) So vor allem Bogs, Verfassungskonforme Auslegung, S.17,67: Die verfassungskonforme Auslegung ist ein Unterfall der gesetzessystematischen Auslegung. In diesem Sinn auch BVerwGE 5,148(152).

2) In diesem Sinn wohl BVerfGE 8,210(221). Ebenso Michel, Jus 61,274 und Larenz, Methodenlehre, S.322.

Fragen sensationell anmutenden Einmütigkeit"[1] aufgenommen. Im Laufe der Zeit stellte sich jedoch auch Kritik ein.

Diese richtet sich einmal gegen den methodischen Ansatz.[1] Es sei, so heißt es, das wesentliche Kennzeichen der heutigen Interpretationslehre, daß man von einem vorbezeichneten System und einer festen Rangordnung der verschiedenen Auslegungsmethoden abgekommen sei und sich nur noch mit Hilfe der jeweils passenden Erkenntnismittel um die sach- und fallgerechte Deutung der Gesetze bemühe.[2] Erkenne man der verfassungskonformen Auslegung aber einen absoluten Vorrang als Interpretationsmittel zu oder lasse man sie über die heranzuziehende Methode entscheiden, so bedeute dies einen Rückfall in einen inhaltlosen Methodenmonismus.

Ein weiterer Einwand betrifft das Verhältnis zwischen der Normenkontrolle durch das BVerfG und der verfassungskonformen Auslegung.[3] Er zielt dahin, daß ein verfassungskonform ausgelegtes Gesetz für die Normenkontrolle untauglich sei. Denn ein Gesetz könne nur mit dem Inhalt, der sich nach den üblichen Auslegungsmethoden ergebe, auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Von einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit könne nämlich nicht mehr gesprochen werden, wenn man zunächst das Gesetz verfassungskonform, d.h. mit der Verfassung vereinbar, auslege und

---

1) Burmeister, Verfassungsorientierung, S.62 ff.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 319 ff; Burmeister, Verfassungsorientierung, S. 52 ff.

3) So vor allem Haak, Normenkontrolle, S. 237 ff; zust. Burmeister, S. 16 FN 62, S. 118 ff.

erst dann seine Verfassungsmäßigkeit untersuche.[1)]

Es ist hier nicht der Ort, im einzelnen die Problematik der verfassungskonformen Auslegung zu behandeln.

Der Kritik an der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen ist zuzugeben, daß für sie noch eine saubere dogmatische und methodische Grundlage fehlt.

Auf der anderen Seite ist aber zu beachten, daß das praktische Anliegen der Rechtsprechung bei der Anwendung dieses Auslegungsmittels ganz offensichtlich ist. Die Feststellung, daß eine Norm wegen Verfassungswidrigkeit nichtig ist, schafft häufig eine große Unsicherheit. Bis der Gesetzgeber eine neue Vorschrift erläßt, vergeht oft viel Zeit. Nur die verfassungskonforme Auslegung ermöglicht es, den Verfassungswillen sogleich in die Rechtswirklichkeit zu übertragen.

Ungeachtet der genannten Bedenken ist deswegen davon auszugehen, daß die verfassungskonforme Auslegung im wesentlichen ein zulässiges Mittel zur Auslegung von Gesetzen darstellt. Dabei sind aber in jedem Fall die sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung ergebenden Grenzen zu beachten.

Eine Ausdehnung des § 2 I TVG auf die wirtschaftsfriedlichen Verbände wäre dementsprechend dann nicht möglich, wenn damit das gesetzgeberische Ziel des § 2 I TVG verfälscht würde. Das wäre sicher dann der Fall, wenn der Gesetzgeber mit dem Begriff "Gewerkschaft" die Tariffähigkeit auf kampfbereite Verbände

---

1) Beispielhaft für dieses Vorgehen BVerfGE 9,194 (200).

hätte beschränken wollen. Das war jedoch nicht der Fall.[1)]

Der Begriff könnte aber wenigstens so eindeutig sein, daß er auf wirtschaftsfriedliche Verbände nicht ausgedehnt werden kann.

Wie bereits erwähnt[2)], handelt es sich bei "Gewerkschaften" um einen Begriff, der dem Arbeits- und Sozialleben entstammt und sich im Laufe der Entwicklung mit der Vorstellung des streikbereiten Verbandes verbunden hat. Dies mußte für die Auslegung nach den üblichen Kriterien entscheidend sein.

Das bedeutet jedoch nicht, daß diese Auslegung auch im Hinblick auf die Möglichkeiten und Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung eindeutig ist.

Dagegen ist zunächst einmal anzuführen, daß es sich bei diesen Verbänden um historische Bezugspunkte handelt, die sich ändern und entwickeln können und die deswegen nicht einen so eindeutigen Inhalt haben wie andere normative Begriffe; so ist es auch nicht ausgeschlossen, daß in der Zukunft die Gewerkschaften auf den Streik verzichten und dann nicht mehr kampfbereite Verbände sein werden.

Soll ein solcher, aus der historischen Entwicklung sich ergebender Begriff wenigstens für die Vergangenheit eindeutig sein, so

---

1) s.S. 13 ff.
2) s.S. 21.

wäre erforderlich, daß er einen bestimmten Sachverhalt ausnahmslos repräsentiert hat. Auch das ist aber für die Gewerkschaften nicht der Fall, weil es immerhin in der Weimarer Republik einige wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerverbände gegeben hat, die sich als Gewerkschaften bezeichnet haben.

Danach ist der Begriff "Gewerkschaft" nicht so eindeutig, daß er sich nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung auf wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerverbände ausdehnen ließe.[1)]

Läßt sich § 2 I TVG im Wege verfassungskonformer Auslegung auch auf wirtschaftsfriedliche Verbände erstrecken und ist damit über § 2 I TVG auch den wirtschaftsfriedlichen Koalitionen die Tariffähigkeit gewährt, so ist diese Bestimmung insoweit mit Art.9 III GG vereinbar und nicht wegen Verfassungswidrigkeit nichtig.

---

1) So im Ergebnis auch BVerfG 18, 18 (32).

§ 4 Ergebnis

Die vorliegende Untersuchung ergibt, daß die Streikbereitschaft nicht Voraussetzung für die Tariffähigkeit der Arbeitnehmerverbände ist.

Der einfache Gesetzgeber hat dies zwar in § 2 I TVG angeordnet, indem er die Tariffähigkeit nur den Gewerkschaften zuerkannt hat. Denn als Gewerkschaften können nach der sozialgeschichtlichen Entwicklung nur die Arbeitnehmervereinigungen angesehen werden, für die der Streik ein unverzichtbares Mittel zur Durchsetzung ihrer Forderungen und Ziele darstellt.

Diese Regelung ist jedoch mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Art. 9 III GG enthält die Aussage des Grundgesetzes über das Tarifrecht und bestimmt, daß grundsätzlich allen Vereinigungen von Arbeitnehmern zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen das Recht zusteht, Tarifverträge abzuschließen. Zu den Arbeitnehmerkoalitionen im Sinne des Art. 9 III GG gehören auch die wirtschaftsfriedlichen Zusammenschlüsse. In ihrem Ausschluß von der Tariffähigkeit liegt deswegen ein Eingriff in den Garantiebereich des Art. 9 III GG. Dieser ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Da sich § 2 I TVG im Wege der verfassungskonformen Auslegung auch auf wirtschaftsfriedliche Arbeitnehmerverbände ausdehnen läßt, kann er mit diesem Gehalt aufrechterhalten werden.

L e b e n s l a u f

Am 20. Oktober 1942 wurde ich als Sohn des Oberlandesgerichtspräsidenten Dr. Franz Hense und seiner Ehefrau Lore, geb. Otto in Regensburg geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von Ostern 1949 bis Ostern 1953 besuchte ich die Volksschule und anschließend das Staatliche Humanistische Gymnasium in Hamm / Westfalen. Dort legte ich auch am 27. Februar 1962 das Abitur ab.

Ich begann das Studium der Rechtswissenschaft im Sommersemester 1962 an der Universität Tübingen. 3 Semester später wechselte ich für 1 Semester nach Lausanne / Schweiz und darauf für 2 Semester nach Bonn. Die letzten 3 Semester vor meinem Referendarexamen am 22. Oktober 1966 war ich an der Universität Münster eingeschrieben.

Am 1. Januar 1967 nahm ich als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm den juristischen Vorbereitungsdienst auf, den ich am 12. Oktober 1970 mit dem Assessorexamen abschloß. Meine Dissertation habe ich während eines längeren Sonderurlaubs in dieser Zeit angefertigt.